JESUS,
MARIA, JOSEPH.

POR

DON GABRIEL DE SAAVEDRA QUIÑONES Pimentèl y Serna, Dueño de las Villas de Villa-Erreros, Grajal, y Rivera, y de la Casa, y Estado antiguo de Sena, vecino de la Ciudad de Valladolid, númer. 38.

CON

DON PEDRO DE ZUÑIGA DAVILA Quiñones y Pimentèl, Marquès de Miravèl, Conde de Brantivilla, Alguacil mayor de la Ciudad de Plasencia, Teniente General de los Exercitos de las dos Coronas, vecino de la Villa de Madrid, numer. 33.

SOBRE

LA SUCCESSION EN PROPRIEDAD DE EL Mayorazgo fundado por Lazaro de Quiñones, numer. 11. Dueño que fue de la Casa, y Estado antiguo de Sena, Alferez mayor, y Regidor perpetuo de la Ciudad de Leon, y Doña Luysa Flores su legitima muger, numer. 10.

PROLOGO.

1 TOda controversia sobre la validacion, ò nulidad de qualquier acto se halla restringida à la assistencia, ò defecto de potestad, voluntad, y solemnidad; pues para su subsistencia es precisamente necessario el concurso si-

 mul-

multaneo eficàz de todas tres circunstancias. *Leg.Nolle 4. ff. de Acquir.hæreditat. Leg.Cum te 9. Cod.de Donation.ante nupt.Leg.Omne 2. Cod. Commun. de legat. cap. Cum super 23. de Offic.Delegat.* Vbi Barbos. *num.2.* D.Covarrub. *lib.3. Variar.resolut.cap.6.num.9.* D.Molin. *de Primogen. lib.1. cap.24. num.24.* D.Castill. *lib.2. Controvers. cap.26. num.4. Et lib.4. cap.5. num.9. & seqq.* D.Solorçan. *de Iur. Indiar. tom.2. lib.2. cap.3. num.86.* D. Salgad. *de Retention. Bullar. 1.part. cap.10. num.78.* Antun. *de Donation. tom.1. lib.2. cap.16. num.24. & 25.* Roxas *de Incompatibilitat. in Introduct. num.54.* Vbi Aguila *num.34. Et 1.part. cap.2.num.14. & seqq.* Vbi en nuestros terminos.

2 De la solemnidad no se ofrece en nuestra especie question alguna; pues se halla la Fundacion, con quantos requisitos son necessarios segun Derecho.

3 De la voluntad dirèmos algo; y solo aquello, que ofrece la misma Fundacion.

4 Porque por aora (para dar passo à la principal disputa sobre la potestad de los Fundadores; *Quia de potestate prius agendum est, quam de voluntate.* D.Paz *de Tenut. cap.30. num.29.*) reconocèmos, que por su voluntad expressa, y especifica se hallan excluìdas *las hembras descendientes, y los varones descendientes de ellas* de Don Antonio de Quiñones num.16. hijo segundo de los Fundadores, y segundo llamado, tercer Abuelo de Don Gabriel de Saavedra num.38. quien, aunque varon desciende del susodicho interpuestas dos hembras; segun manifiesta el Arbol.

5 De la potestad serà el principal empeño.

6 Por lo qual se reducirà este escripto à dos Articulos: El primero *de Potestate*: El segundo *de Voluntate.*

ARTICULO PRIMERO.

DE POTESTATE.

QUOD VOLUIT, ADIMPLERE NEQUIVIT.
Cap. Cum super 23. de Offic. Delegat.

7 EL principal empeño de este Articulo es probar, que Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores su legitima muger num.10. & 11. en su Fundacion *de tercio, y quinto de sus bienes* (segun repetidas vezes dizen en las clausulas de su Fundacion) no pudieron *aun en virtud de Facultad Real* ex-

excluir à sus descendientes legitimos varones, ò hembras en competencia de sus parientes transversales, ò extraños.

8 Para cuya mejor, y mas facil inteligencia presupongo, que

PRÆMISSA.

9 El orden formal gradual prescripto por la *Ley 27. de Toro, quæ est 11. tit.6. lib.5. Recopilat.* (segun el qual en la mejora de el tercio perpetuamente vinculada por los ascendientes sus descendientes legitimos, que constituyen el primer grado, han de ser precisamente preferidos à todas las personas de los demàs grados inferiores, como son los descendientes naturales, que forman el segundo grado, los ascendientes, que hazen el tercer grado, los parientes transversales, que obtienen el quarto grado, y los extraños, que consiguen el quinto grado) no se puede alterar, ni invertir por sus Fundadores *expressè, aut tacitè, directè, aut indirectè, principalitèr, aut accessoriè, per viam dispositionis, aut per modum conditionis.*

10 D. Palac. Rub. *in Leg.27. Taur. numer.50.* Vbi, quod *non tantum, quando expressè fit contra formam, sed etiamsi citra, seu præter.* Sed, videas, quæso, *num.49.* Vbi, quod *extraneus dicitur tribus modis; quos explicat.* Gomez Arias *num.4.* Vbi, quod *nec directè, nec per obliquum, nec per Fideicommissum. Et num. 18. 49. & seqq. 59. & 60.* Castill. *in princip. Et num.36.* Vbi, quod *ordo iste nec prætermitti, nec alterari potest, sed vsque ad vnguem servari: aliàs nihil agitur.* Utrobique omnes gradus proponit. Tell. *in princip.* Vbi gradus refert. *Et num.3.* Vbi, quod *nec directè, nec indirectè, nec per viam substitutionis. Et num.12. sed 15. & 16.* Vbi doctè. Avendañ. *gloss.2. num.1. & seqq. sed 6.* Vbi, quod *nec directè, nec indirectè.* D.Molin. *de Primogen. lib.1. capit.2. numer.11.* vers. *Secunda. Et cap.11. num.11. & seqq. Et cap.12. num.53. Et in Annotation. post tractat. num.10.* Addent. *dict. cap.12. numer.52. & 53. Et in Annotation. numer.10.* Mieres *de Maioratib. 1.part. in init. num.92. & seqq. Et 2.part. quæst.6. num.107.* Gutierr. *lib.3. Practicar. quæst. 52. numer. 1. & seqq.* Ayora *de Partition. part. 2. quæst.43.* MATIENÇ. *in Leg.11. tit.6. lib.5. Recopilat. gloss.1. num.2. & 3. Et gloss.9. num.1.* Vbi Azeved. *num. 3. & 4. De melioratione simultanea à viro, & vxore facta. Et num.38. & seqq.* Angul. *gloss. 4. num.1. & seqq. sed 6. & seqq.* Vbi, quod *nec expressè, nec tacitè, nec per viam dispositionis, nec per modum conditionis.* D.Paz *in Leg.200. Styl. num.61. & seqq.*

D.

11 D.Castill. *lib.2. Controvers. cap.7. num.2. & seqq. Et cap. 22. num.54. Et cap.30. num.1. & seqq. Et lib.3. cap.11. numer.3. & seqq. Et cap.12. num. 44. & seqq.* Vbi, quod *nec directè, nec indirectè. Et lib.5. tom.5. cap.82. numer.42.* vers. *Nec repugnat. Et num.43. Et cap.98. num.1. & seqq. Et cap.99. num.1. & seqq. Et tom.6. cap.128. num.1. & seqq. sed num.11. & 12.* Vbi, quod *nec per viam dispositionis, neque per modum conditionis. Et num.13.* Quod *nec per pupillarem, vulgarem, aut Fideicommissariam substitutionem. Sed num.16.* Vbi, quod *nec expressè, nec tacitè, nec directè, nec indirectè, nec principalitèr, nec accessoriè, sivè in consequentiam, nec per viam dispositionis, nec conditionis. Et cap.175. numer.1. & seqq.* Noguer. *allegat.23. num.168. & seqq. Et allegat.25. num.95. & seqq.* D.Vela *tom.2. dissert.49. num.32.* D.Larrea *tom.1. decis.32. num.5. & 33.* Guzm. *verit.5. num.33. 34. & 50.* D.Olea *de Cession. iur. tit.4. quæst.8. num.11.* Vbi, quod *nec per viam dispositionis, neque per modum conditionis.* Roxas *de Incompatibilit. 1.part. capit.1. num.55. & seqq.* Vbi *num.56.* quod *nec in modum conditionis, nec per viam dispositionis. Et cap.6. numer.125. & 233. Et 2.part. cap.1. num.73. Et cap.6. num.14. Et 3.part. cap.1. num.86. Et capit.3. num. 33. & seqq.* Vbi, quod *nec expressè, nec tacitè. Et 6. part. cap.4. num.96. Et 7.part. cap.1. numer.34. & seqq. Et cap.5. num.100.* Vbi Aguila *1.part. cap.2. numer.14. & seqq. & 42. Et cap.6. num.114. Et 2.part. cap.1. num.31. Et 7.part. cap.5. numer. 110. & seqq.*

12 *Expressè, directè, aut per viam dispositionis; veluti*, si el ascendiente, que vincula el tercio de sus bienes, teniendo todavia descendientes legitimos, llama primero, y antes à su obtencion à vn descendiente natural, ascendiente, transversal, ò extraño, preteriendo, excluyendo, ò posponiendo sus descendientes legitimos. D.Palac.Rub. *in Leg.27. Taur. num.50.* Vbi Gomez Arias *numer.4. & 59.* Tell. *num.16.* Avendañ. *gloss.1. num.6. & 10.* D.Molin. *de Primogen. lib.2. cap.12. num.53. Et in Annotation. num.10.* Utrobique Addent. Matienç. *in Leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopilat. gloss.9. num.1.* Vbi Azeved. *num.38. & seqq.* Angul. *gloss.4. num.6. & 17.* D.Castill. *lib.3. Controvers. cap.12. num.44. Et lib.5. tom.6. capit. 175. num.1. & seqq.*

13 *Tacitè, indirectè, aut per viam conditionis; veluti*, si el Fundador ascendiente en el successor, y posseedor de su Mayorazgo dessea, ò aborrece alguna calidad, ò condicion, por la qual prefiere, ò excluye al successor; por cuyo defecto, ò asistencia el descendiente legitimo, en quien no se halla la calidad, ò condicion,

cion desseada prelativa, ò en quien concurre la calidad, ò condicion aborrecida exclusiva, no pueda succeder; sino que aya de passar la succesion al descendiente natural, ascendiente, transversal, ò extraño, en quien se halle la calidad, ò condicion desseada prelativa, ò en quien no concurra la calidad, ò condicion aborrecida exclusiva. Gomez Arias *in Leg. 27. Taur. numer. 4. 59. & 60.* Vbi Castill. *num.9.* verb. *De restitucion.* Tell. *num. 16.* Avendañ. *gloss.2. num.10.* Angul. *in Leg.11. tit.6. lib.5. Recopilat. gloss.4. numer.6. & seqq.* Vbi plura exempla. D.Castill. *lib.3. Controvers. capit.11. num.3. & seqq. Et cap.12. num.44. & seqq. Et lib.5. tom. 5. cap.99. num.1.* vers. *Rursus*, & vers. *Nunc autem. Et tom.6. cap. 128. num.1. & seqq.* Noguer. *allegat.23. num.169. & 170.* Roxas *de Incompatibilit. 1.part. cap.1. num.55. & seqq. Et 2.part. capit.1. num.73. Et 3.part. cap.1. num.86. Et cap.3. num.33. Et 7. part. cap.1. num.36.* Vbi Aguila *2.part. cap.1. num.31.*

14 Aunque sea de expresso consentimiento del descendiente mejorado, ò demàs descendientes. Tell. *in Leg.27. Taur. num.15.* Azeved. *in Leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopilat. numer. 43.* Vbi Angul. *gloss.4. num.21. & seqq.* D. Castill. *lib.5. Controvers. tom.6. capit. 128. num.14. & 15.* Addent. ad D. Molin. *de Primogen. lib.2. capit.3. num.7.* vers. *Limitatur primò.* Aguila ad Roxas *de Incompatibilitat. 7.part. cap.5. num.112.*

15 No negamos, que el Fundador ascendiente entre las personas de vn mismo grado (*veluti* entre sus descendientes legitimos, que constituyen el primer grado; como entre las personas de otro qualquier grado inferior) puede *expressè, aut tacitè, directè, aut indirectè, per viam dispositionis, aut per modum conditionis* preferir, ò posponer el vno al otro, aunque sea mas proximo, ò remoto; llamandole expressa, y directamente primero, y antes, que al otro; ò desseando, ò aborreciendo en el successor, y posseedor alguna calidad, ò condicion, por cuya assistencia, ò defecto *tacitè, & indirectè, & per modum conditionis* el vno sea preferido al otro, y el otro sea excluìdo en competencia del otro; porque entre las personas de vn mismo grado dàmos al Fundador ascendiente eleccion directa, ò indirecta, expressa, ò tacita, *per viam dispositionis, aut per modum conditionis. Leg.18. Taur. quae est 2. tit.6. lib.5. Recopilat.* D.Palac. Rub. *in Leg. 27. Taur. num. 4. sed 32. & seqq. & 48.* Vbi Castill. *numer.4. 5. & 6.* elegantissimè, *etsi filij sint ex diversis nuptijs*; & vers. *Sed nihilominus.* Vbi, quod *haec facultas non coarctatur ex Lege respectu gradus, sed tantum respectu qualitatis, quod sint descendentes.* Avendañ. *gloss.1. num.7. & gloss.*

2. *num.* 11. *Etsi filij sint ex diversis nuptijs.* D.Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 52. *Sed in Annotation. num.* 10. Utrobique Addent. *dict. cap.* 12. *num.* 52. verſ. *Hoc repetit. Et in Annotation. num.* 10. Mier. *de Maioratib.* 1. *part. quæst.* 72. *num.* 10. Matienç. *in Leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat. gloſſ.* 1. *num.* 2. *&* 3. *Et gloſſ.* 4. *numer.* 1. *& ſeqq.* Vbi *num.* 4. *etsi filij sint ex diversis nuptijs. Et gloſſ.* 9. *numer.* 41. *& ſeqq.* Angul. *gloſſ.* 4. *num.* 8. *& ſeqq. Et gloſſ.* 5. *num.* 1. *& ſeqq. Etsi filij sint ex diverso matrimonio.* D. Paz *in Leg.* 200. *Styl. num.* 165. *& ſeqq.* D.Caſtill. *lib.* 3. *Controverſ. cap.* 12. *num.* 44. *& ſeqq. Et lib.* 5. *tom.* 5. *cap.* 98. *num.* 5. *Et cap.* 99. *num.* 2. verſ. *Verè. Et num.* 6. verſ. *Ex verbis. Et num.* 9. verſic. *Tunc autem. Et tom.* 6. *cap.* 128. *num.* 1. *& ſeqq. ſed* 3. 4. 16. *&* 17. Roxas *de Incompatibilitat.* 2. *part. cap.* 1. *num.* 73. *Et* 3. *part. cap.* 1. *num.* 86. *Et cap.* 3. *num.* 3. *Et* 7. *part. cap.* 5. *num.* 100. D.Olea *de Ceſsion. iur. titul.* 4. *quæſt.* 8. *num.* 11. verſ. *Notandum.*

16 Antes bien confeſſamos, que entre las perſonas de vn miſmo grado (*veluti* entre los deſcendientes legitimos, como entre las perſonas de otro qualquier grado inferior) la perſona aun mas remota, que primero, y antes fuere llamada; ò ſe halle con la calidad, ò condicion deſſeada prelativa, ò carezca de la calidad, ò condicion aborrecida excluſiva, ſerà preferida à otra qualquier perſona mas proxima del miſmo grado, en quien no ſe halle la calidad, ò condicion deſſeada prelativa, ò concurra la calidad, ò condicion aborrecida excluſiva. D.Molin. *dict. cap.* 12. *numer.* 52. *Et in Annotation. num.* 10. Utrobique Addent. *dict. cap.* 12. *numer.* 52. verſic. *Hoc repetit. Et in Annotation. num.* 10. D.Paz *in Leg.* 200. *Styl. numer.* 124. 150. *& ſeqq. ſed* 156. *& ſeqq. &* 165. Angul. *in Leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat. gloſſ.* 4. *num.* 8. *& ſeqq.* D.Caſtill. *lib.* 3. *Controverſ. cap.* 12. *num.* 44. *& ſeqq. Et lib.* 4. *cap.* 36. *numer.* 27. verſ. *Tertiò. Et num.* 50. 62. *&* 63. *Et lib.* 5. *tom.* 5. *capit.* 99. *num.* 1. verſ. *E contrario*; & verſ. *Verè*; *& num.* 9. verſ. *Tunc autem. Et tom.* 6. *cap.* 128. *num.* 3. 4. 6. 17. *&* 19. verſ. *Nec vrget.* Noguer. *allegat.* 23. *num.* 170. *Et allegat.* 25. *numer.* 107. Roxas *de Incompatibilitat.* 1. *part. cap.* 1. *num.* 55. *Et* 2. *part. cap.* 1. *num.* 73. *Et cap.* 6. *num.* 14. *Et* 3. *part. cap.* 1. *num.* 86. *Et cap.* 3. *num.* 33. *Et* 7. *part. cap.* 1. *num.* 36. *Et cap.* 5. *num.* 100. D. Olea *dict. quæſt.* 8. *num.* 11. verſ. *Notandum.*

17 Solo pues dezimos, que el Fundador aſcendiente en la mejora de tercio vinculada no puede alterar, ni invertir el orden formal de los grados, anteponiendo, y prefiriendo *expreſsè, aut tacitè, directè, aut indirectè, per viam diſpoſitionis, aut per modum*

con-

conditionis las perſonas de vn grado inferior à las perſonas de vn grado ſuperior; como los deſcendientes naturales, aſcendientes, tranſverſales, ò extraños, que conſtituyen el ſegundo, tercero, quarto, y quinto grado, à los deſcendientes legitimos, que forman el primer grado; *& ſic de reliquis.* Angul. *in Leg.* 11. *titul.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloſſ.*4. *num.*14. Vbi elegantiſsimè. Sed ibi: *Hoc vno obſervato, quod non deveniatur ad alium gradum ex expreſsis in Lege extantibus perſonis gradus præcedentis. In hoc enim conſiſtit totus ordo Legis.* Gutierr. *lib.*2. *Practicar. quæſt.*67. *num.*4. *Et lib.*3. *quæſt.* 53. *num.*4. D. Caſtill. *lib.*5. *Controverſ. cap.*98. *numer.*5. verſ. *Sed eſto. Et num.*22. verſ. *Nec poteſt. Et tom.*6. *cap.*128. *num.*3. 4. 6. 10. 17. *&* 19. verſ. *Addit quoque.* Noguer. *allegat.*25. *numer.*96. Roxas *de Incompatibilit.* 2. *part. cap.*1. *num.*73. *Et* 3. *part. cap.*1. *numer.*86. *Et cap.*3. *num.*33. *Et* 7. *part. cap.*1. *numer.*36. D. Olea *de Ceſſ. iur. tit.*4. *quæſt.*8. *num.*11. verſ. *Notandum.*

18 Sin que vaſte, que el Fundador aſcendiente llame, y ſubſtituya à alguno, ò algunos de ſus deſcendientes; y omitiendo, ò excluyendo *directè, aut indirectè* los demàs llame, y ſubſtituya algun deſcendiente natural, aſcendiente, tranſverſal, ò extraño; ſino que es preciſo, que primero, y antes llame, y ſubſtituya à todos ſus deſcendientes legitimos, ſin omitir, ni excluir alguno, antes que paſſe à llamar à los deſcendientes naturales, aſcendientes, tranſverſales, ò extraños; *& ſic de reliquis gradibus.* Avendañ. *in Leg.*27. *Taur. gloſſ.*2. *num.*10. Azeved. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. num.*38. *& ſeqq.* Gutierr. *lib.*3. *Practicar. quæſt.*53. *num.*4. Ayor. *de Partition. part.*2. *quæſt.*43. D. Paz *in Leg.*200. *Styl. num.* 145. D. Caſtill. *lib.*2. *Controverſ. cap.*7. *num.*6. *& ſeqq. Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*98. *num.*5. verſ. *Sed eſto. Et tom.*6. *cap.* 175. *num.*1. *& ſeqq. ſed* 9.

19 Por lo qual ſiempre, que huviere deſcendiente legitimo del Fundador de qualquier calidad, ò condicion, que ſea, varon, ò hembra, agnado, ò cognado, aunque en eſte falte la calidad, ò condicion admiſsiva, ò prelativa deſſada por el Fundador, ò ſe halle la calidad, ò condicion excluſiva aborrecida por el Fundador, ſuccederà en competencia del deſcendiente natural, aſcendiente, tranſverſal, ò extraño, aunque en alguno de eſtos concurra la calidad, ò condicion admiſsiva, ò prelativa deſſeada por el Fundador, ò no ſe halle la calidad, ò condicion excluſiva aborrecida por el Fundador. Tell. *in Leg.*27. *Taur. num.*16. Avendañ. *gloſſ.*2. *num.*10. Mieres *de Maioratib.* 2. *part. quæſt.* 6. *numer.* 107. Gutierr. *lib.*3. *Practicar. quæſt.*53. *num.*4. Ayor. *de Partition. part.*

2.

2. *quæst.*43. D.Paz *in Leg.*200. *Styl. num.*156. *&* 157. D.Castill. *lib.*2. *Controvers. cap.*7. *num.*4. *Et lib.*3. *cap.*12. *num.*44. *& seqq. sed* 48. *Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*98. *num.*5. vers. *Sed esto. Et cap.*99.*numer.*1. *& seqq. sed num.*9. vers. *Id autem. Et tom.*6. *cap.*128. *num.* 1. *& seqq. sed* 3. 4. 6. 10. 16. *&* 17. Noguer. *allegat.*25. *numer.*101. *& seqq.* Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*1. *numer.*55. *& seqq.* Vbi Aguila 1.*part. capit.* 2. *numer.* 16. *& seqq. sed* 29. *& seqq.*

20 Porque la regla legal absoluta, y general es, que mientras ay descendiente legitimo, aunque sea expressa, y especificamente excluìdo, no puede el Fundador passar à llamar al descendiente natural, ascendiente, transversal, ò extraño. D.Palac.Rub. *in Leg.*27. *Taur. num.* 50. Gomez Arias *num.*4. Castill. *in princip. & num.*9. *&* 36. Tell. *in princip.* Avendañ. *gloss.*2. *num.*10. Mier. *de Maioratib.* 2.*part. quæst.*6. *num.*107. Matienç. *in Leg.*11. *titul.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloss.*1. *num.*2. *&* 3. Vbi Azeved. *num.*38. *& seqq.* Angul. *gloss.*4. *num.*9. *in fin.* D.Paz *in Leg.*200. *Styl. num.*157. D. Castill. *lib.*2. *Controvers. cap.*7. *numer.*4. *& seqq. Et lib.*3. *cap.*12. *numer.*44. *& seqq. sed* 48. *Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*98. *numer.*1. *&* 5. versic. *Sed esto. Et tom.*6. *cap.*128. *num.*3. vers. *Ut autem. Et num.* 4. 6. 16. *&* 17. Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*1. *numer.*55. *& seqq. sed* 57. *in fin.* ibi: *Cum stantibus descendentibus, nulla ratione tacitè, vel expressè possit deveniri ad transversalem. Et* 7.*part. cap.*1. *num.*36.

21 No solo quando ay algun descendiente legitimo de los nacidos, ò concebidos al tiempo de la Fundacion; sino quando ay algun descendiente, que despues en qualquier tiempo fue procreado, con que se halle nacido, ò concebido al tiempo de la vacante. Tell. *in Leg.*27. *Taur. num.*2. Angul. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloss.*4. *numer.*21. D.Castill. *lib.*5. *Controvers. cap.*98. *numer.*1. Vbi, *quod legitimorum respectu res quidem caret omnino dubitandi ratione; cum eis existentibus, vel tunc, sivè postmodum natis, transversales admitti non possint; de quo nullus hactenus dubitavit. Et num.*8. *& seqq.* Noguer. *allegat.*25. *num.*106. *& seqq.* Aguila ad Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*2. *num.*19.

22 No solo, quando la Fundacion es solo del tercio de los bienes; sobre que no cabe duda alguna. *Leg.*27. *Taur. quæ est* 11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat.* ibi: *En el tercio de sus bienes.*

23 Porque el tercio es legitima precisa de los descendientes legitimos respecto de los descendientes naturales, ascendientes, transversales, ò extraños. D.Palac.Rub. *in Leg.*27. *Taur. numer.*4.

&

& 24. Vbi Gomez Arias *numer.*4. Tell. *numer.*3. Avendañ. *gloss.*1. *num.*7. D. Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*11. *num.*11. verſ. *Primò.* Gutierr. *lib.*2. *Practicar. quæſt.*67. *num.*1. D. Caſtill. *lib.*3. *Controverſ. cap.*11. *num.*3. *Et cap.*12. *num.*44. *Et lib.*5. *tom.*5. *capit.*100. *num.*2. Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*1. *num.*56.

24 Sino aun, quando la Fundacion es del tercio, y quinto vnidos, è incorporados.

25 Porque, aunque del quinto ſeparado libre, ò vinculado puede diſponer el aſcendiente à favor del deſcendiente natural, aſcendiente, tranſverſal, ò extraño en competencia de ſus deſcendientes legitimos; pues en el quinto tiene la libre, y abſoluta facultad de diſponer, como quiſiere, y à favor de quien quiſiere. D. Palac. Rub. *in Leg.*27. *Taur. num.*3. & 5. Vbi Gomez Arias *numer.*18. doctiſsimè. Tell. *numer.*3. verſic. *Tertiò.* Avendañ. *gloss.*1. *num.*8. Mieres *de Maioratib.* 1.*part. in init. num.*100. & *ſeqq.* Gutierr. *lib.*3. *Practic. quæſt.*51. *num.*11. & 12. Matienç. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloss.*1. *num.*2. *in fin. Et gloss.*2. *num.*1. & 2. *Et gloss.*10. Vbi Azeved. *num.*55. Angul. *gloss.*1. *num.*2. *Et gloss.*4. *num.*14. Robles *de Repræſentat. lib.*3. *cap.*5. *num.*24. D. Caſtill. *lib.*5. *Controverſ. tom.*5. *cap.*100. *num.* 2. & *ſeqq.* & 25. verſ. *Remanet. Et tom.*6. *cap.*145. *num.*31. verſ. *In aliquo.* Addent. ad D. Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*12. *num.*52. verſ. *Limitatur.*

26 Pero, quando el quinto ſe halla vnido, è incorporado al tercio, el tercio por la vnion, è incorporacion *ex tacita, & præſumpta Fundatoris voluntatè* atrahe à sì el quinto. Mieres *de Maioratib.* 3.*part. quæſt.*8. *num.*17. & *ſeqq.* D. Caſtill. *lib.*5. *Controverſ. tom.*5. *cap.*100. *per tot. Et tom.*6. *cap.*128. *num.*21. & 22. D. Lara *de Vit. homin. cap.*30. *num.*122. *ad fin.* Noguerol *allegat.*25. *num.* 109. & *ſeqq.* Vbi *num.*111. *Regij Caſtellæ Senatus deciſionem affert.* Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*1. *num.fin.* Vbi Aguila *num.*44. *Et cap.*2. *num.*42. D. Salgad. 1.*part. Labyrinth. cap.*4. *num.*16. & 17. Vbi *huius noſtræ Pintianæ Chancellariæ deciſionem refert.*

27 Y aun quando la Fundacion es no ſolo del tercio, y quinto, ſino tambien de las legitimas, ò porcion de ellas de conſentimiento tacito, ò expreſſo de los hijos. Mieres *de Maiorat.* 1.*part. quæſt.*22. *num.*90. D. Paz *in Leg.* 200. *Styl. num.*30. & *ſeqq.* Vbi doctiſsimè, & latiſsimè. Aguila ad Roxas *de Incompatibilit.* 7.*part. cap.*5. *num.*112. & 113.

28 Y aun quando la Fundacion es de otras qualeſquier coſas vnidas, è incorporadas al tercio, aunque excedan el valor de el tercio. D. Caſtill. *lib.*5. *Controverſ. tom.*6. *cap.* 128. *num.* 22. verſ.

Et quod in quinto. Vbi decisionem affert. *Et num.*23. D.Larrea *tom.* 1. *decis.*32. *num.*51.

29 Verdad es, que aunque el ascendiente Fundador altere è invierta el orden formal gradual prescripto por la *Ley 27.de Toro*, si la vinculacion es perpetua, no se extingue totalmente la Fundacion; sino que dura, y permanece; pero prevalece, y prepondera el orden de la Ley al orden dado por el Fundador. D. Palac. Rub. *in Leg.27. Taur. num.*50. Vbi Tell. *num.*7. Gutierr. *lib.*3.*Practicar. quæst.*51. *num.* 15. Ayor. *de Partition. part.* 2. *quæst.* 43. D. Paz *in Leg.*200. *Styl. num.*72. *& seqq. sed* 160. *& seqq.* Angul. *in Leg.* 11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloss.*4. *num.* 13. *& seqq.* Vbi doctè, & latè. D. Castill. *lib.*2. *Controvers. cap.*7. *numer.*1. *& seqq. sed* 14. *& seqq. Et lib.*4. *cap.*36. *num.*63. *in fin. Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*98. *num.*7. *& seqq.* Vbi *num.*9. vers.*Deniquè, ad fin. huius Regiæ Chancellariæ Vallis-Oletanæ, & Granatensis decisiones refert. Et cap.*99. *numer.*1. *& seqq. Et tom.*6. *cap.*128. *num.*3. *in fin.* Noguer. *allegat.* 25. *num.*97. *& seqq. sed* 100. D.Salgad. 1.*part. Labyrinth. cap.* 4. *num.*16. *&* 17. Aguila ad Roxas *de Incompatibilitat.* 1.*part. cap.*2. *num.*14. *& seqq. sed* 20. 31. *&* 32. *Et cap.*6. *num.*114.

De aquì proviene, que

30 Si el ascendiente Fundador llama primero, y antes al descendiente natural, ascendiente, transversal, ò extraño, que al descendiente legitimo; pospuesto el orden de llamamientos dado por el Fundador, serà preferido segun el orden de la Ley el descendiente legitimo al descendiente natural, ascendiente, transversal, ò extraño. Tell. *in Leg.*27. *Taur. numer.*16. Vbi Avendañ. *gloss.*2. *num.*10. D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*12. *num.*53. *Sed in Annotation. num.*10. Utrobique Addent. Azeved. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. num.*38.*& seqq.* D.Paz *in Leg.*200.*Styl.num.*72.*& seqq.* D.Castill. *lib.*3. *Controvers. cap.*12. *num.*44. *& seqq.*

31 Si el Fundador ascendiente ordena, que el successor, y possedor de su Mayorazgo sea agnado; el descendiente legitimo cognado serà preferido al transversal agnado. Tell. *in Leg.*27.*Taur. num.*16. Vbi Avendañ. *gloss.*2. *num.*10. D.Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.*11. *num.*16. versic. *Quartò. Et cap.*12. *numer.*53. *Sed in Annotation. num.*10. Addent. *dict. cap.*12. *num.*53. *Et in Annotat. numer.*10. Gutierr. *lib.*2. *Practic. quæst.*53.*num.*4. D.Paz *in Leg.*200. *Styl. numer.*124. *sed* 150. *& seqq. maximè* 156. *& seqq.* Angul. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloss.*4. *numer.*9. *&* 10. D.Castill. *lib.*3. *Controvers. cap.*12.*num.*45. *& seqq. Et lib.*4.*cap.*36.*num.*50. *Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*98. *num.*9. *Et cap.*99. *num.*1. *& seqq. Et capit.*

*pit.*100. *tum.*1. D.Lara *de Vit. homin. cap.*30. *numer.*121. *&* *seqq.* Roxas *de Incompatibilitat.* 1.*part. cap.*1. *num.*57. *Et* 2.*part. capit.*1. *num.* 73.

32 Si el Fundador aſcendiente diſpone, que el ſucceſſor, y poſſeedor ſea varon; la hembra deſcendiente legitima ſerà preferida al varon agnado, ò cognado tranſverſal. Gomez Arias *in Leg.* 27. *Taur. num.*59. Vbi Tell. *num.* 16. Avendañ. *gloſſ.*2. *numer.*10. D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*11. *numer.*16. verſic. *Quartò. Et cap.*12. *num.*53. *Sed in Annotation. num.*10. Addent. *dict. capit.*12. *num.*53. *Et in Annotation. num.*10. Gutierr. *lib.*2. *Practic. quæſt.*53. *num.*4. Angul. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloſſ.*4. *numer.*9. *&* 10. D. Paz *in Leg.*200. *Styl. num.*124. *ſed* 150. *&* *ſeqq. maximè* 156. *&* *ſeqq.* D.Caſtill. *lib.*3. *Controverſ. cap.*12. *num.*45. *&* *ſeqq. Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*98. *num.*9. *Et cap.*99. *num.*1. *&* *ſeqq. Et capit.* 100. *num.*1. Roxas *de Incompatib.* 1.*part. cap.*1. *num.*57. *Et* 2.*part. cap.*1. *num.*73.

33 Si el Fundador aſcendiente excluye à los Clerigos, Religioſos, ciegos, ſordos, mudos, furioſos, ò mentecaptos; el deſcendiente legitimo Clerigo, Religioſo (profeſſo en Religion capàz de adquirir *ſaltem in communi*) ciego, ſordo, mudo, furioſo, ò mentecapto ſerà preferido à otro qualquier tranſverſal, en quien no concurra la razon de eſta excluſion: D.Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.*11. *num.*16. verſ. *Quartò. Sed cap.*12. *num.*55. *Et in Annotation. numer.*10. Utrobique Addent. Pat. Molin. *de Iuſtit. & iur. tom.*3. *tractat.*2. *diſput.*612. *num.*12. Pat. Sanch. *in Præcept. Decalog. tom.*2. *lib.*7. *cap.*15. *num.*6. Gutierr. *lib.*2. *Canonicar. quæſt. capit.*25. *num.*6. D.Paz *in Leg.*200. *Styl. num.*124. *ſed* 150. *&* *ſeqq. maximè* 156. *&* *ſeqq.* Angul. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. numer.*9. *&* 10. D.Caſtill. *lib.*3. *Controverſ. cap.*12. *num.*44. *&* *ſeqq. Et lib.*5. *cap.*98. *num.*9. *Et cap.*99. *num.*1. *&* *ſeqq. Et cap.*100. *numer.*1. D.Lara *de Vit. homin. cap.*30. *num.*120. *&* *ſeqq.* Noguerol *allegat.*23. *numer.*170. Roxas *de Incompatibilitat.* 1.*part. cap.*1. *numer.*57. *Et* 2.*part. cap.*1. *num.*73. *Et cap.*6. *num.*14. *Et* 7.*part. capit.*5. *num.*100.

34 Si el Fundador aſcendiente manda, que ſu Mayorazgo nò ſe junte con otro; ò que ſus Armas, y Apellido ſe lleven ſolas, y ſin mezcla de otras; el deſcendiente legitimo, que ſe halle poſſeedor de otro Mayorazgo, ò gravado con la delacion de otras Armas, y Apellido, porque no pueda cumplir eſta condicion, ò gravamen, ſerà preferido al tranſverſal, que pueda cumplir eſta condicion, ò gravamen. Azeved. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat.* *num.*

*num.*22. D.Castill. *lib.* 5. *Controvers. tom.*6. *cap.*128. *num.*18. Roxas *de Incompatib.* 1.*part. cap.*1. *num.*55. & *seqq. Et* 6.*part. cap.*4. *num.*96. *Et* 7.*part. cap.*1. *num.*34. & *seqq.*

35 La misma regla milita en otra qualquier calidad, condicion, modo, gravamen, ò precepto desseado; ò impuesto por el Fundador ascendiente; como, que el posseedor casse, ò no casse con este, ò el otro genero de personas; resida en este, ò el otro Lugar. Angul. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5. *Recopilat. gloss.*4. *numer.*7. & *seqq.* D.Castill. *lib.*5. *Controvers. tom.*6. *cap.*128. *numer.*1. & *seqq.* Addent. ad D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*12. *num.*53. vers. *Ampliatur.* Noguer. *allegat.*23. *numer.*169. Roxas *de Incompatibilitat.* 1.*part. cap.*1. *num.*57. *Et* 2.*part. cap.*1. *num.*73. *Et* 3.*part. capit.*1. *num.*86. *Et cap.*3. *num.*33. & *seqq. Et* 6.*part. cap.*4. *num.*96. D. Olea *de Cess.iur. tit.*4. *quæst.*8. *num.*11.

36 Segun estos principios es indubitado, que Don Gabriel de Saavedra num.38. como descendiente legitimo de los Fundadores, aunque cognado excluìdo debe ser preferido al Marquès de Miravèl solo transversal, y aun extraño; segun luego verèmos.

LIMITATIO.

37 Pero se responde por parte del Marques de Miravèl, que todas estas doctrinas son ciertas, y verdaderas; pero se limitan, quando para la Fundacion del tercio, y quinto intervino, como en nuestra especie Facultad Real.

38 Porque en virtud de la Facultad Real puede el ascendiente Fundador alterar, è invertir el orden gradual de la *Ley* 27. *de Toro*, omitiendo, ò excluyendo los grados anteriores, y llamando, y prefiriendo los grados posteriores. Tell. *in Leg.*27.*Taur.* *num.*13. vers. *Ex ea tamen.* Vbi Avendañ. *gloss.*1.*num.*9. *Et in Leg.* 40.*gloss.*1. *num.*53. & *seqq.* Gomez *in Leg.*40.*Taur. num.*55. vers. *Secundus.* D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*2.*num.*11. vers. *Secunda. Et cap.*11. *num.*11. & *seqq. Et cap.*12. *numer.*52. Utrobique Addent. Mier. *de Maioratib.* 1.*part.in init. num.*92. & *seqq.* Pat.Molin. *de Iustit.* & *iur. tom.*3. *tractat.*2. *disput.*609. *num.*5. & 6. Matienç. *in Leg.*11. *tit.*6. *lib.*5.*Recopilat. gloss.*10.*num.*3. Vbi Azeved. *num.*1. Angul. *gloss.*4. *num.* 12. Gutierr. *lib.*2. *Practicar. quæst.*66. *num.*3. *Et quæst.*67. Robles *de Repræsentat. lib.*3. *cap.*5. *numer.*5. & 24. D.Paz *in Leg.*200.*Styl. num.*30. *Et de Tenut.cap.*30.*num.*25. D.Castill. *lib.*3. *Controvers. cap.*12. *num.*44. & *seqq. Et lib.*4. *capit.*36. *num.*22. & *seqq. Et lib.*5. *cap.*82. *num.*42. vers. *Nec repug-*

nat,

*nat, in fin. Et num.*45. *Et tom.*6. *cap.*121. *num.*58. verſ. *Ego autem. Et cap.*145. *num.*31. *Et cap.*175. *num.*11. *&* 12. Noguerol *allegat.*25. *num.*95. D.Vela *tom.*2. *diſſertat.*49. *num.*32. Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*6. *num.* 127. Vbi Aguila 7.*part. capit.*5. *num.*110. *&* 111. D.Olea *de Ceſſ. iur. tit.*4. *quæſt.*8. *num.*11.

SATISFACTIO, ET INTELLECTIO LIMITATIONIS.

39 La ſumma variedad, y aun contrariedad, con que nueſtros Auctores han examinado, y decidido eſte punto, ha producido notable confuſsion, que neceſsita mayores fuerças, que las nueſtras, para ſu verdadera inteligencia.

40 Pero en ſu examen, y reſolucion ſeguirèmos el acertado dictamen de Ciceron *lib.*1. *Officior.* ibi: *Cavendum eſt, ne incognita pro cognitis habeamus, iiſque temerè aſſentiamus; ſed adhibeamus ad conſiderandas res & tempus, & diligentiam.*

41 Tres ſon las eſpecies, en que ſe puede ſubſcitar eſta queſtion, que para mayor claridad, y mas facil inteligencia diſtinta, y ſeparadamente reducirèmos à tres queſtiones.

QUÆSTIO PRIMA GENERALIS.

42 *Utrùm* el aſcendiente, que en virtud de Facultad Real funda Mayorazgo del tercio, y quinto de ſus bienes, y aun porcion de las legitimas de ſus deſcendientes, debe preciſamente obſervar todo el orden gradual preſcripto por la *Ley* 27. *de Toro*; ſegun el qual debe llamar en primer grado à todos ſus deſcendientes legitimos; y à ſu falta en ſegundo à todos ſus deſcendientes naturales; y à ſu falta en tercero à todos ſus aſcendientes; y à ſu falta en quarto à todos ſus parientes tranſverſales; y à ſu falta en quinto à los extraños?

43 En eſta queſtion generalmente, ſegun ſe propone, concevida ay dos ſentencias contrarias.

44 Una afirmativa, que reſuelve, que el aſcendiente Fundador aun en virtud de Facultad Real debe preciſamente obſervar todo el orden formal gradual preſcripto por la *Ley* 27. *de Toro*, ſin que pueda, ni alterarlo, ni invertirlo; ni aunque lo altere, è invierta ſubſiſta el orden dado por el Fundador, ſino que preciſamente ſe aya de obſervar el orden preſcripto por la Ley. Burg. Salon *de Pace Iun. quæſt. Civil. quæſt.*2. *num.*74. Pat. Molin. *de Iuſtit. & iur. tom.*3. *tractat.*2. *diſput.*609. *num.*5. *&* 6. D.Larrea *tom.*1.

decis. 32. *numer.* 51. *ad fin.* ibi: *Et ab alijs extenditur ad Maioratus etiam vltra tertium, ex Regia Facultate institutos, vt fieri debeant iuxta formam dictæ Legis vigessimæ septimæ.*

45 Los fundamentos, que son gravissimos, de esta sentencia trahen D. Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 11. *& seqq.* Mieres *de Maioratib.* 1. *part. in init. num.* 92. *& seqq.* Pat. Molin. *de Iustit. & iur. tom.* 3. *tractat.* 2. *disput.* 609. *num.* 5. Gutierr. *lib.* 2. *Practicar. quæst.* 67. *numer.* 1. *& seqq.* Avendañ. *in Leg.* 40. *Taur. gloss.* 1. *num.* 53. *& seqq.* D. Castill. *lib.* 4. *Controvers. capit.* 36. *numer.* 22. *& seqq.* donde, aunque procuran responderlos, y refutarlos, si cumplen, ò no, lo estimarà mejor censura; porque mi veneracion à tan graves Maestros es grande.

46 Otra negativa mas seguida, que resuelve, que el Fundador ascendiente en virtud de Facultad Real no se halla precisado à observar en todos sus grados el orden formal prescripto por la *Ley* 27. *de Toro.*

47 En los terminos de esta question generalmente concevida hablan Avendaño *in Leg.* 27. *Taur. gloss.* 1. *numer.* 9. Gomez *in Leg.* 40. *Taur. num.* 55. versic. *Secundus.* D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 2. *numer.* 11. vers. *Secunda.* Vbi Addent. *lib.* 2. *cap.* 12. *numer.* 52. vers. *Hoc limitatur.* Mieres *de Maioratib.* 1. *part. in init. num.* 92. *& seqq.* Azeved. *in Leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat. num.* 1. Vbi Angul. *gloss.* 4. *num.* 12. Gutierr. *lib.* 2. *Practicar. quæst.* 66. *numer.* 3. D. Castill. *lib.* 5. *Controvers. tom.* 5. *cap.* 82. *numer.* 42. versic. *Nec repugnat*, *in fin. Et num.* 45. *Et tom.* 6. *cap.* 121. *num.* 58. *Et cap.* 145. *numer.* 31. vers. *Ac primò.* D. Vela *tom.* 2. *dissert.* 49. *num.* 32.

48 Pues solo generalmente resuelven, que el ascendiente, que en virtud de Facultad Real funda, no està obligado à observar el orden formal prescripto por la *Ley* 27. *de Toro*, sin la mas leve memoria, ni mencion de vnos, ù otros grados.

49 Pero aun en terminos mas estrechos hablan D. Paz *in Leg.* 200. *Styl. num.* 30. *Et de Tenut. cap.* 30. *num.* 25. D. Olea *de Cess. iur. tit.* 4. *quæst.* 8. *num.* 11.

50 Pues solo negativamente resuelven, que el Fundador ascendiente sin Facultad Real no puede alterar, ni invertir el orden formal gradual prescripto por la *Ley* 27. *de Toro*; sin resolver, ni aun examinar positivamente, si en virtud de Facultad Real podrà invertir, ò alterar dicho orden; y mucho menos en què grados?

51 Pero, porque esta Ley contiene diversos grados, en los quales por la diversa calidad de las personas milita de vnos à otros diversa razon, propondrèmos distintas las questiones para mejor, y mas facil comprehension.

QVÆS-

QVÆSTIO SECVNDA SPECIALIS.

52 *Vtrùm* el aſcendiente, que en virtud de Facultad Real funda Mayorazgo del tercio, y quinto de ſus bienes, y aun porcion de las legitimas de ſus deſcendientes, debe preciſamente obſervar los grados ſegundo de deſcendientes naturales, tercero de aſcendientes, quarto de parientes tranſverſales, y quinto de extraños?

53 En eſtos quatro grados, en que no milita aquella razon natural, que dicta la ſuccesſion activa de los hijos à ſus Padres, con mayor facilidad ſe inclinan los Auctores, à que el aſcendiente Fundador no debe preciſamente obſervar el orden preſcripto por la *Ley 27. de Toro.* D.Molin. *de Primogen. lib.2. cap.11. numer.* 16. verſ. *Quartò.* Gutierr. *lib.2. Practicar. quæſt.67. num.1. §. Nihilominus*, verſ. *Secundò.* D.Caſtill. *lib.4. Controverſ. cap. 36. num.* 24. verſ. *Tertiò. Sed maximè num.27.* verſ. *Quintò. Et lib.5. tom.5. cap.82. num.42.* verſ. *Nec repugnat, & num.45. Et tom.6.cap.145. num.31.* verſ. *Secundò. Et cap.175. numer.12.* Noguer. *allegat.25. num.95.* Roxas *de Incompatibilit. 1.part. cap.6. num.126.& 127.*

54 Y en los terminos de ſolos eſtos quatro grados ſe deben entender todos los Auctores, que generalmente reſuelven, que el aſcendiente en virtud de Facultad Real no ſe halla preciſado à obſervar el orden preſcripto por la *Ley 27. de Toro.* Optimè, & elegantiſsimè. D.Caſtill. *lib.4. Controverſ. cap.36. numer.27.* verſ. *Quintò, per tot.* Sed ibi: *Et in hoc quidem caſu verificatur abſque dubio ſententia communior eorum, qui aſſerunt Maioratus inſtitutorem, qui Regia Facultate illum inſtituit, non teneri ſervare ordinem à Lege 27. Tauri præſtitutum; nam reſpectu aſcendentium, & deſcendentium illegitimorum, & conſanguineòrum, aut cuiuslibet eorum ſervare non tenetur. Atque in hoc omnes conveniunt (vt vidiſti ſuprà) cum etiam, qui pro contraria parte citantur, deſcendentium cauſam excipiant dumtaxat; deſcendentibus autem exceptis, inter cæteros ſervari non debere ordinem dictæ Legis 27. Tauri apertiſsimè præſentiunt Aceved. Avendañ. & Pat. Molin.*

55 Pero paſſemos à la queſtion ſingular de nueſtra eſpecie.

QVÆSTIO TERTIA SINGVLARIS.

56 *Vtrùm* el aſcendiente, que en virtud de Facultad Real funda Mayorazgo del tercio, y quinto de ſus bienes, y aun de porcion de las legitimas de ſus hijos, podrà preterir, excluir, ò poſ-

posponer alguno de sus descendientes legitimos, llamando, y anteponiendo à sus descendientes naturales, ascendientes, transversales, ò extraños?

57 Esta question singular de nuestra especie no se halla examinada singularmente, segun debia, por nuestros Auctores Regnicolas. Como advierte el señor Castillo *lib.4. Controvers. cap.36. numer.26.* ibi: *Nullus etiam recentiorum in re adeò necessaria insistit; omnes namquè hactenus relati, licet statuerint Maioratus institutorem, qui ex Regia Facultate illum instituit, in personarum vocatione non teneri servare ordinem traditum à Lege 27. Tauri, non tamen specifice attingunt, nec explanant: An vsque adeò id verum sit, vt etiam filijs, ac descendentibus prætermissis, ad eius successionem agnatos, vel cognatos transversales, vel etiam extraneos vocare possit ipse institutor?*

58 Pero sin embargo bien atendidos, y entendidos nuestros Auctores hallarèmos, que la sentencia mas segura, y seguida, como mas conforme à aquella razon natural, que dicta la succession activa de hijos à Padres (de la qual nunca se estima, que el Principe se quiere apartar, ni aun se cree, que puede apartarse) es, que el ascendiente Fundador en virtud de Facultad Real, como quiera expedida no puede omitir, ni excluir à sus descendientes legitimos, y llamar, y preferir à sus transversales, ò extraños; mayormente quando la Fundacion no solo es del tercio, y quinto, sino de porcion de las legitimas de los hijos, segun en nuestra especie.

59 Optimè, & elegantissimè Tell. *in Leg. 27. Taur, num.13. vers. Ex ea tamèn*, ibi: *Ex ea tamèn differentia inter legitimam, & tertium vnum notate; quod, etsi ex hac Lege substituendi sint descendentes testatoris secundum formam hic traditam adeò, quod, etsi liceat parentibus spreta descendentia meliorati alios substituere; in legitima verò, etsi ex Facultate Regia gravamen possit apponi, substituendi sunt filij ipsius, cuius est legitima; & post eos nepotes; & sic gradatim. Ratio differentiæ est, quia in tertio quilibet ex descendentibus, etsi in gradu alter ei præcedat, est capax meliorationis, & eadem causa substitutionis. In legitima tamen nulli alij competit ius, nisi habenti primum locum in successione; & sic licet permittatur gravamen, non tamen credendum est PRINCIPEM VOLUISSE, UT DESCENDENS IPSIUS GRAVATI A LEGITIMA PATRIS EXCLUDERETUR PROPTER REMOTIOREM.*

60 Donde debèmos hazer reflexion sobre los terminos estrechos, en que habla este doctissimo Auctor; pues resuelve, que quando la Fundacion es no solo del tercio, y quinto, sino aun de por-

porcion de legitima de algun hijo (como en nuestra especie) el ascendiente aun en virtud de Facultad Real no solo no puede anteponer sus parientes transversales, ò extraños à sus descendientes; sinò que aun entre sus descendientes debe preferir à los otros el hijo, ò nieto de aquel hijo, cuya legitima grava; porque no es de creer, que el Principe, que concede Facultad Real para gravar la legitima de algun hijo, quiera que el hijo, y nieto del hijo, cuya legitima se grava, sea pospuesto aun en competencia de otro descendiente del Fundador.

61 Prosequitur doctissimus vir: *Et exindè inferri potest, quod si parentibus EX LICENTIA REGIA permittatur in legitima filiorum apponere gravamen, & substitutiones AD LIBITUM, non tamen ex eius intentione concedendum est concessisse, vt pater FOEMINAM EXCLUDERET propter FRATREM, VEL ALIUM TRANSVERSALEM DISPONENTIS: quod satis æquum videtur.*

62 En cuyas cortas clausulas, aunque graves, y sentenciosas, hallarèmos cifrada nuestra especie con las mas relevantes circunstancias, si hazemos las reflexiones siguientes. La primera, que la Fundacion fue no solo del tercio, y quinto, sino de porcion de legitima de los hijos, ibi: *In legitima filiorum apponere gravamen.* La segunda, que la Facultad Real fue libre, y absoluta, ibi: *Et substitutiones ad libitum.* La tercera, que aun en estos terminos tan ventajosos no puede el Fundador aun en virtud de Facultad Real tan absoluta excluir à la hembra su descendiente, llamando à su hermano, ù otro pariente transversal, ibi: *Ut pater fœminam excluderet propter fratrem, vel alium transversalem disponentis.* La quarta, la razon decisiva de su conclusion; porque no se puede; ni debe conceder de la intencion del Principe semejante exclusion, y llamamiento, aunque la Facultad sea tan general, como: *Ut apponat substitutiones ad libitum*, ibi: *Non tamen ex eius intentione concedendum est.* La quinta, que esta razon decisiva no tiene menor fundamento, que la misma equidad, ibi: *Quod satis æquum videtur.* Cuya equidad es tan preferida, y preestimada segun Derecho, que lo contrario fuera iniquidad. *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ, æquitatisque, quam stricti iuris rationem. Leg. Placuit 8. Cod. de Iudic.*

63 Sin que del versiculo, *Nisi dixeris*, se pueda, ni deba inducir lo contrario; pues, como èl mismo manifiesta, solo fue como por via de argumento, ò replica para diverso fin; segun todo el contexto manifiesta; pero no para corregir, y destruir vna resolucion tan justa, y legal, como tan premeditada, y deliberada con

E no

no menor fundamento, que la intencion del Principe fundada en summa equidad, y aun en razon Natural, Divina, y Positiva, Canonica, Civil, y Real; segun luego verèmos.

64 Pat. Molin. *de Iustit. & iur. tom.3. tractat. 2. disput. 609. num.5. & 6. sed maximè num.6.* resuelve, que en la Facultad *simpliciter* concedida al ascendiente para hazer Mayorazgo, aun gravando las legitimas de sus hijos, no se estima dispensado, que se pueda alterar el orden prescripto por la *Ley 27. de Toro*; dando razon elegantissima, ibi:

65 *Sanè dicerem, si Facultas solum concedatur, vt Maioratus instituatur in tertio vnici filij, aut etiam contingendo vlterius illius legitimam, neque amplius exprimatur, non censeri dispensatum; vt etiam non servetur ordo Leg. 27. Tauri meritò præscriptus; quoniam dispensatio tunc in eo, quod Vinculum Maioratus in eo tertio apponatur, non habet annexum, vt vocationes fiant non servato eo ordine præscripto, quando Vinculum apponitur tertio, & multo magis, quando vinculum apponitur vlteriori parti legitimæ; plus namquè est dispensare in primo, & secundo simul, quam in solo primo, &c.*

66 Y assi resuelve, que es precisa especial expression en la Facultad; de que se pueda alteral, ò el ascendiente no estè obligado à observar el orden prescripto por la *Ley 27. de Toro*, ibi: *Nisi secundum etiam proponatur, & concedatur, non censetur in eo dispensatum.*

67 Pero para nuestro caso en el mismo *num.6.* vers. *Adde*, resuelve, que aunque el Principe puede dispensar por su Facultad Real, para que el Padre pueda gravar las legitimas de los hijos; pero nunca puede dispensar, para que excluìdos los hijos, y descendientes se puedan llamar antes de los hijos, y descendientes à los parientes transversales, ibi: *Adde iuxtà ea, quæ disput. 578. conclus. 3. 4. & 5. dicta sunt ex nostra sententia, quamvis Princeps dispensare possit, vt vinculum apponatur in tertio vnici filij, aut etiam in legitima, eo quod non agatur de magno illius præiudicio; non tamen posse dispensare, vt id tertium, & legitima, ad quæ habet ius vi legum huius Regni, graventur vinculo Maioratus, ad quem vocentur alij EXCLVSIS PROPRIIS FILIIS TALIS VNICI FILII. Vndè iuxtà ea, quæ ibidem dicta sunt, non consulerem, vt Princeps dispensaret, VT EXCLVSIS FILIIS, AC DESCENDENTIBVS TALIS VNICI FILII ALII PROPONERENTVR; aut, vt concederetur Facultas ad instituendum Maioratum contingendo legitimas aliorum filiorum, PRÆSERTIM VOCANDO AD EVM MAIORATVM ANTE FILIOS, ET EORVM DESCENDENTES ALIOS*

RE-

REMOTIORES, AC COLLATERALES CONSANGUINEOS.

68 Maticnç. *in Leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat. gloss.* 11. *num.* 3. ibi: *Differunt secundo; quia; si Maioratus fiat cum auctoritate, & licentia Regia, non adstringitur faciens in Vinculo, & gravamine servare ordinem Legis nostræ, SED DEFICIENTIBUS DESCENDENTIBUS poterit, quos maluerit, substituere.*

69 Robles *de Repræsentat. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 5. ibi: *Et quando etiam affirmant cum Regia Facultate Maioratus institutorem non adstringi vinculo, & gravamine Leg.* 27. *Taur. hodie Lex* 11. *titul.* 6. *lib.* 5. *Recopilat. ordinem servare, SED DEFICIENTIBUS DESCENDENTIBUS, quos maluerit, substituere poterit.*

70 Roxas *de Incompatibilitat.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 126. ibi: *Limitatur septimo in quocumque alio Maioratu, seu Fideicommisso perpetuo à patre, avo, vel ab alio ascendente instituto etiam cum Facultate Regia; quia si à quocumque ascendente sit Maioratus institutus NON SUPERSTITIBUS LEGITIMIS, ET NATURALIBUS FILIIS, VEL DESCENDENTIBUS, succedit naturalis tantum, &c.* Donde *num.* 126. & 127. previene, y resuelve, que aun para excluir al hijo natural en virtud de la Facultad Real, es necessaria clausula expressa en la misma Facultad Real, ibi: *Nisi institutor virtute Facultatis Regiæ CUM CLAUSULA AD ID EXPRESSA excluserit naturales.*

71 Aguila ad Roxas *de Incompatibilitat.* 1. *part. cap.* 13. *num.* 4. & 5. donde sigue, y traslada al Padre Molina. Vide *suprà numer.* 64. & *seqq.*

72 El señor Molina *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 11. *numer.* 11. & *seqq. ad* 16. aunque dexò indecisa la question general, que suscitò, no parece podemos negar, que en nuestra question singular en quanto à los descendientes siguiò esta misma sentencia; segun la qual el ascendiente Fundador no puede aun en virtud de Facultad Real excluir à sus descendientes, y llamar à sus transversales, ò extraños.

73 Lo primero; porque *numer.* 16. vers. *Quartò*, dize: *Nam non posset parens POST VOCATIONEM FILIORUM, AC DESCENDENTIUM ad Maioratus successionem vocare ascendentes legitimos, nisi vocatis prius descendentibus illegitimis successionis capacibus; &c.* Donde con summa reflexion debemos atender aquella clausula *post vocationem filiorum, ac descendentium*; en que manifiesta este insigne Auctor, que aunque en los quatro grados de descendientes naturales, ascendientes, transversales, y extraños fuera absurdo, y como monstruoso no admitir la sentencia negativa; pero no

en

en los descendientes; pues estos los exceptua, y como exceptuados los presupone llamados, ibi: *Nam non posset parens POST VOCATIONEM FILIORUM, AC DESCENDENTIUM, &c.*

74 Pero sobre todo *num.* 11. vers. *Secundò*, ibi: *Secundò, quia ordo in dicta Lege assignatus nimis rationabilis, atque conveniens est. Esset namquè SATIS ABSURDUM, ATQUE INIUSTISSIMUM, quod is, qui Regiam Facultatem ad instituendum Maioratum impetravit, posset illum in persona filij primogeniti, & descendentium eiusdem instituere; & in eorum defectum ALIIS FILIIS, AC DESCENDENTIBUS PRÆTERMISSIS, ad eius successionem agnatos, vel cognatos transversales, vel etiam extraneos vocare; adversus decisiones Legis Cum avus, ff. de Condition. & demonstrat. & Leg. Cum acutissimi, cum similibus, Cod. de Fideicom. IDEOQUE ID NULLATENUS ADMITTENDUM ERIT.* Donde son dignos de toda atencion los ponderosos terminos, con que se explica: *Satis absurdum, atque iniustissimum. Ideòque id nullatenus admittendum erit.*

75 Con advertencia, que, aunque el señor Molina *dict. capit.* 11. *num.* 14. vers. *In contrarium, & num. seqq.* respondiò à los demàs argumentos propuestos por la sentencia afirmativa, nunca respondiò, ni disolviò este fuerte argumento. Segun previene el señor Castillo *lib.* 4. *Controvers. cap.* 36. *numer.* 25. vers. *Addiderim.* Vbi transcribit argumentum; & in fine addit: *Quod fundamentum, vt suprà retuli, expendit pro contraria parte Molina eod. cap.* 11. *lib.* 2. *num.* 11. vers. *Secundò, quia; nec explicat, aut disolvit; vt ibidem apparet.*

76 Con este mismo empeño se explica el señor Molina *eod. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 51. & 52. *Sed* 52. vers. *Aut excluditur*, ibi: *Mihi autem prima opinio ÆQUIOR, AC TUTIOR videtur. NIMIS namquè RIGIDUM, atque ABSONUM est, quod is, qui habet Regiam Facultatem ad Maioratum instituendum, eiusdem Facultatis virtute post filiorum masculorum vocationem, in eorum defectum FILIIS FOEMINIS EXCLUSIS proprios fratres, seu agnatos transversales ad Maioratus successionem vocet. Quod longè potiori ratione in Hispannorum primogenijs dici potest, cum ea primogenia ad Regni instar instituta sint, atque Leges Regiæ filiam à Regni successione propter masculos non excludant. Et quamvis id ex Regia Facultate iuris rigore considerato fieri posset, mea sententia nullo pacto efficiendum esset.* Vbi doctè prosequitur, & in fine addit, ibi: *Ideòque hæc sententia mihi potius in Maioratuum institutione sequenda videtur.*

77 Addent. ad D. Molin. *dict. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 52. ibi: *Et hæc est securior, & verior, saltim in hoc Castellæ Regno, vbi nec licitè,*

nec

nec validè in tertio transversales filijs proprijs præferuntur. Vbi inter alios Burg. de Paz, Pat. Molin. & Matienç. adducunt, que llevan esta sentencia. Vide *suprà num.*64. *& seqq. Et infrà num.*80.

78 Joan Gutierrez *lib.* 2. *Pract. quæst.* 67. en mi corto dictamen parece, que aunque en los quatro grados de descendientes naturales, ascendientes, transversales, y extraños llevò la sentencia negativa, que el ascendiente Fundador en virtud de Facultad Real no està obligado à observar el orden prescripto por la *Ley* 27. *de Toro*; pero en el grado de los descendientes siguiò la afirmativa.

79 Lo primero por sus mismas palabras *num.* 1. §. *Nihilominus*, vers. *Secundò*, ibi: *Secundò, quia, si aliud diceremus, nimis restricta esset Facultas, nam non posset parens POST VOCATIONEM DESCENDENTIUM LEGITIMORUM vocare ascendentes legitimos, nisi vocatis priùs descendentibus illegitimis successionis tamen capacibus; nec agnatos, seu cognatos transversales, nisi prius vocatis ascendentibus; nec extraneos, nisi prius vocatis omnibus agnatis.*

80 Lo segundo, porque (si el Auctor se ha de entender segun los Auctores, que cita. D. Olea *de Cession. iur. tit.* 2. *quæst.* 7. *num.* 25. *ad fin.*) por su sentencia cita à Tello, Antonio Gomez, Matienço, y Mieres; de los quales Gomez, y Mieres hablaron solo generalmente; pero Tello, y Matienço, que hablaron singularmente de los hijos, y descendientes, siguieron la sentencia afirmativa. Vide *suprà num.* 59. *& seqq.*

81 Avendaño *in Leg.* 40. *Taur. gloss.* 1. *numer.* 53. *& seqq. ad* 68. que se extrechò mas à nuestra question singular de hijos, y descendientes, y en su resolucion, segun luego verèmos, parece llevò la opinion contraria; sin embargo en quanto à los hijos, y descendientes, mayormente respecto de los extraños sigue esta misma sentencia.

82 Lo primero; porque *dict. num.* 67. *ad fin.* dize assi: *Quia omnes suprà relati dicentes filium ex Regia licentia, seu Statuto effici extraneum ad impugnandam dispositionem, in qua fuit præteritus à parente, loquuntur, & sunt intelligendi, quando primogenitus fuit institutus, & alij descendentes substituti non habita consideratione ad proximiores; non tamen, quando penitus extraneus institutus; aut substitutus est PRÆTERITO SECUNDO, VEL TERTIOGENITO, AUT EORUM LEGITIMIS DESCENDENTIBUS; quia tunc iustissimè posse ab eis impugnari dispositionem tenent in specie similis statuti repellentis filias à paterna substitutione* Immola, Aretinus, &c. Vbi plurimos affert.

83 Lo segundo, porque *num.*64. cita por su sentencias à Tello, Mieres, y Matienço. Vide *suprà num.*80.

84 El señor Castillo (de quien dize, aunque con poca razon Carleval *de Iudicijs tit.*3. *disput.*31. *numer.*2. *Omnia miscet, & confundit, & omnia loquitur.* Et D.Larrea *tom.*2. *decis.*51. *num.*1. *Plura cumulavit noster D. Castell. sed adeò confussa, vt postquam innumeras legeris pagellas, parum luminis, aut resolutionis percipies*) tocò en varias partes nuestro punto *lib.*3. *Controvers. cap.*12. *num.*44. *&* 45. *Et lib.*4. *cap.*36. *num.*22. *& seqq. Et lib.*5. *tom.*5. *cap.*82. *numer.*42. vers. *Nec repugnat. Et tom.*6. *cap.*121. *numer.*58. vers. *Ego autem. Et cap.*145. *num.*31. *Et cap.*175. *num.*11.

85 Pero en todos estos capitulos se remite al *libro* 4. *cap.* 36. *numer.* 22. *& seqq. sed* 26. *&* 27. donde despues de vna prolixa, aunque provechosa relacion de las sentencias de los demàs Auctores Regnicolas, reduce la resolucion de esta question à dos casos.

86 El primero, quando la Facultad Real es tan expressa, y especifica, ò tan general, y absoluta, que en su generalidad, y amplitud no se pueda, nì deba dudar, que por ella se le concede al Fundador ascendiente licencia, pára que omitidos, ò excluìdos sus descendientes legitimos pueda llamar à los transversales, ò extraños. D.Castill. *dict. cap.*36. *num.* 26. vers. *Quapropter. Et num.* 27. vers. *Et ante omnia.* Et vers. *Imo casus.* Et vers. *Secundò.*

87 En este primer caso resuelve, que el ascendiente en virtud de semejante Facultad Real podrà omitidos, ò excluìdos sus descendientes legitimos llamar à sus parientes transversales, ò extraños. D.Castill. *dict. cap.*36. *num.*27. vers. *Et ante omnia.* Et vers. *Imò.* Et vers. *Secundò.* Et vers. *Sextò.*

88 Pero advierte dos cosas singularissimas para este caso.

89 La primera, que las palabras de la Facultad Real para omitir, ò excluir à los descendientes legitimos han de ser tan expressas, y especificas, y tan claras, y evidentes, que segun ellas en manera alguna no se pueda, ni deba dudar, que por ellas se le concede licencia para omitir, ò excluir à los descendientes legitimos, y llamar, y anteponer à los transversales, y extraños. D. Castill. *dict. cap.*36. *num.* 27. vers. *Ante omnia*, ibi: *Vt, quid contineant, appareat dilucidè.* Et infrà ibi: *Modo in dubium potestas institutoris Maioratuum circa substitutionem extranei revocari non possit.* Et vers. *Imò casus*, ibi: *Quod in dubium id revocari non possit.* Et vers. *Secundò*, ibi: *Secundò deindè, & principalitèr constituo Facultatem Regiam sic expeditam, & quæ id concedat expressim, aut verbis ita amplis, & generalibus, quod in dubium potestas institutoris re-*

revocari non valeat (vt dixi) quoniam clarè significent, aut exprimant, quod alijs filijs, seu descendentibus exclusis transversales etiam consanguinei remotiores, seu etiam extranei per institutorem ad successionem Maioratus invitari possint.

90 Et vers. *Sextò*, ibi: *In casu claro, sivè cum verba Facultatis Regiæ id exprimunt.* Et infrà ibi: *Et idem dicendum, quando verba facultatis adeo ampla, & generalia, & ad voluntatem institutoris relata sunt, vt id denotare videantur apertè; sicut ibidem tradidi prima, & secunda observatione relatis. Sicque verborum adiectionem, ex quibus dubium omne removeatur, & etiam consanguinei, aut extranei prætermissis descendentibus vocari possint, satis vtilem Primogeniorum institutoribus esse futuram; vt dict. cap. 11. lib. 2. num. 16. in fin. dixit Molina; & suprà retuli. Quando verò verba Facultatis non adeò clarè id inducant, sed probabilitèr dubitari valeat: Vtrùm excludendi descendentes proptèr transversales consanguineos, aut extraneos etiam concessa Facultas videatur, necne.* Et infrà ibi: *Sed non de facili contra eos accipienda erunt verba Facultatum, nisi id exprimant specificè, aut saltem per verba ampla, & generalia, & liberæ voluntatis.*

91 La segunda, que semejante Facultad expressa, y especifica tan ampla, y general no se debe conceder con facilidad; ni se estima, que se concede por los Señores Consejeros de la Camara. D.Castill. *dict. cap.* 36. *numer.* 27. vers. *Secundò, post med.* ibi: *Et nihilominus Facultas Regia ad eum modum non de facili concedi deberet; vt Pat. Ludovicus Molina relatus suprà adnotavit; nec concederetur à prudentissimis, & prestantissimis viris, qui Cameræ Senatui præsunt, & summa expeditione, atque iustificatione petita deliberant.*

92 El segundo caso es, quando la Facultad Real no es tan expressa, y especifica, ni tan ampla, y general; sino despachada *in forma communi*, ò que padezca la mas leve duda, sobre si la mente del Principe fue, ò no conceder licencia al ascendiente Fundador, para que omitidos, ò excluìdos sus descendientes legitimos pueda llamar à sus transversales, ò extraños. D.Castill. *dict. cap.* 36. *num.* 27. vers. *Et ante omnia.* Et vers. *Imò casus.* Et vers. *Secundò.* Sed maximè vers. *Quartò.* Et vers. *Sextò.*

93 En este segundo caso, despues de aver referido el señor Castillo vnas, y otras sentencias, se inclina, à que el ascendiente Fundador en virtud de semejante Facultad Real no puede omitir, ni excluir sus descendientes legitimos, y llamar, ò anteponer sus transversales, ò extraños. D.Castill. *dict. cap.* 36. *numer.* 27. vers. *Quartò.* Sed maximè vers. *Sextò, per tot. sed in fin.* ibi: *Quod vide-*

detur tenendum; sed semper, cum casus se offerat, maturè deliberandum est.

94 Propuestas las sentencias de nuestros Auctores hallamos, que segun todos el ascendiente Fundador en virtud de Facultad Real no puede omitir, ni excluir à sus descendientes legitimos, y llamar à sus transversales, ò extraños; ò porque por ampla, y absoluta, que sea la Facultad, no se estima de la mente del Principe, que le concede excluir à sus descendientes; ò porque la Facultad Real no se despacha con tanta amplitud, y generalidad, que en su virtud puedan ser excluìdos los descendientes.

95 Es elegantissima en terminos mas ventajosos la decision de la Real Chancilleria de Granada, que trahe Roxas *de Incompatibilit. 1. part. cap. 6. num. 359. & seqq.* quem referens, & transcribens sequitur Luca *de Lin. legal. artic. 18. num. 5. & seqq.* Torre *de Maioratib. tom. 1. cap. 27. num. 46.* Aguila ad Roxas *dict. cap. 6. num. 411. & seqq.*

96 Ticio, que tenia dos hijos legitimos, posseìa vn Patronato fundado *instar Maioratus* con facultad de poder eligir, y nombrar successor. Preteridos, y omitidos sus dos hijos legitimos, eligiò, y nombrò vn pariente transversal remoto, aunque de la misma familia. Por muerte de Ticio se subscitò pleyto sobre la succession del Patronato entre su hijo primogenito preterido, y el pariente transversal nombrado. Y el Senado de la Real Chancilleria defiriò à favor del hijo primogenito omitido contra el pariente transversal nombrado. *Decisum fuit in favorem filij primogeniti vltimi possessoris.* Dize Roxas *dict. numer. 359. Et numer. 360.* añade: *Mihi videtur æquissima, ac iuridica Senatus decisio.*

97 Pero, porque las razones legales de este gravissimo Auctor sobre su pesso, y auctoridad son tan elegantes, como terminantes, aunque con grandes ventajas de nuestro caso, disculpe la molestia de su insercion la elegancia de su conveniencia. Dize pues *num. 361.* ibi: *Imò non solum potest eum eligere, ac nominare, sed etiam debet; cùm in hoc casu electio cadat inter filios, ac descendentes ad hoc, vt eligat ex his, quem voluerit; & NISI HIS DEFICIENTIBVS non valet eligere ex agnatis, & cognatis, seu consanguineis ad suum libitum proximiorem, vel remotiorem. Leg. Hæredes mei 57. §. Peto 2. ff. ad Trebell. Vbi casus decisus videtur.*

98 *Et num. 362.* ibi: *Quapropter suprà dicta conclusio limitanda est in hoc casu, quantumcumque libera sit potestas eligendi concessa vltimo possessori. Si enim habeat filios, vel descendentes, intelligenda est talis facultas ampla de eligendo in primis filios, vel nepotes; seu*

alios

alios descendentes ; & NISI EIS DEFICIENTIBUS facultas eligendi non extendatur ad alios ex cognatis , vel agnatis.

99 *Et num.* 363. ibi : *Ratio est , nam eo ipso , quod facultas concessa ad eligendum successorem in Maioratu devenit ad vltimum possessorem habentem filios , seu descendentes, censetur , quod institutor tunc voluit , vt eo casu conmissarius suam exerceat facultatem inter filios, nepotes , vel alios descendentes ; & quod NISI EIS DEFICIENTIBUS , non se extendat ad alios consanguineos , contra naturalem ordinem pietatis , ex ratione Leg. Cum avus* 102. *ff. de Condition. & demonstrat. Leg. Cum acutissimi , Cod. de Fideicommiss.*

100 *Et num.* 364. ibi : *Tum quia alitèr non solùm talis electio facta à patre reprobari debet , tanquam inofficiosa ; sed etiam tanquam facta à parente , qui tunc non erat sanæ mentis. Leg.*2. *ff.de Inofficios. testament.*

101 Luca *de Linea legali dict. artic.*18. *num.*5. & 6. traslada los fundamentos de Roxas , & ait *num.*7. *Addo , quod facultas data ad nominandum , & substituendum , quamvis sit cum clausulis effrænatis , & liberi arbitrij , restringenda est ad naturam Maioratus ; vt non possit in præiudicium filiorum alios substituere , vel extraneos in præiudicium consanguineorum.* Castill. *lib.*5. *cap.*87.*num.*34. Gregor. Lopez *in Leg.*2. *tit.*15. *partit.*2. *gloss.*13. *quæst.*7.

102 Cuya mejor adaptacion à nuestra especie manifiesta la prevencion de dos reglas.

103 La primera , que la misma doctrina , que milita en la facultad de eligir , ò nombrar dada por vn particular à vn tercero, milita en la licencia dada por Facultad Real para hazer Mayorazgo , y eligir , ò nombrar personas para su succession. D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*5. *num.*4. 5. & 6. *Et cap.*11.*num.*34.& *seqq.* Utrobique Addent. *cap.*5. *num.*4. *ad fin.* & *num.*6. *Et cap.*11. *numer.*34. D. Paz *de Tenut. cap.* 34. *num.* 113. *in fin.* ibi : *Qui omnes gravissimi scribentes casum Facultatis Regiæ , & commissarij æquiparant.* D.Castill. *lib.*2. *Controvers.cap.*36.*per tot. Sed num.*35.& 36. *Et lib.*4. *cap.*36. *num.*50. *Et lib.*5. *tom.*6. *cap.*160.*num.*11. *sed* 15. ibi : *Addo nunc vnum , quod ibidem non attigi , imò nec forsam excogitavi tunc , Ludovicum ipsum Molinam inter dictos duos casus , quando scilicèt ex commissione , aut dispositione alicuius privati libera eligendi facultas alteri conceditur , aut cum à Principe ex Facultate Regia concessa sit , nullam differentiæ rationem detegisse , nec verè considerari posse ; cum vno , & altero casu ex libera eligendi facultate concessa res ipsa fundamentum præcipuum capiat , & vtroque æqualitèr militet.* Vbi prosequitur. Torre *de Maiorat.* 1.*part. cap.*27. *num.*21.

104 La segunda, que la misma regla, y doctrina, que milita en la nominacion, milita en la eleccion; pues el, que tiene facultad para nominar, la tiene para eligir; y el que tiene facultad para eligir, la tiene para nominar; por lo qual vsan promiscuamente los textos, y Auctores de estos dos nombres *eleccion*, y *nominacion. Leg. Nominationum* 45. *Cod. de Decurion. Leg. Si quis* 1. *Cod. de Tempor. appellation. Leg.*4. *Cod. de Appellation.* D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.*5. *numer.*4. & 5. Cald. Pereyr. *de Iur. emphyt. lib.*3. *cap.*1. *num.*1. Sessè *decis.*346. D. Castill. *lib.*5. *Controversiar. tom.*5. *cap.*87. *num.*22. Fontanell. *tom.*2. *decis.*525. D.Larrea *tom.* 1. *decis.*31. Roxas *de Incompatibil.* 1. *part. cap.*2. *num.*45. vers. *Ampliatur sexto. Et num.*46. *Et cap.*6. *numer.*358. & *seqq.* Torre *de Maioratib. tom.*1. *cap.*27. *num.*9. 10. 26. 45. 50. *per tot.* Et pluribus alijs. Pegas *de Maioratib. tom.*1. *cap.*7. *num.*216. Vbi elegantissimè, & doctissimè advertit.

105 Si en virtud de la Facultad para eligir, y nombrar successor, por ampla, general, absoluta, y liberrima, que sea, solo se puede nombrar, ò eligir à el pariente, pero no à el extraño. *Unum ex familia propter Fideicommissum à se, cum moreretur, relictum, hæres eligere debet. Leg. Unum* 67. *ff. de legat.* 2. *Eum fundum extraneo legavit: Divi Severus, & Antoninus rescripserunt verum esse non paruisse voluntati defuncti filium. Leg. Filiusfamilias* 114. §. *Cum pater* 15. *ff. de Legat.*1. Socin. *lib.*2. *consil.*251. *num.* 2. vers. *Ex quibus.* Paris. *lib.*3. *consil.*44. *num.*20. *Et consil.*72. *num.*58. & 64. Phœb. *decis.* 96. *numer.* 10. 11. & 12. Menoch. *lib.*5. *consil.* 497. *numer.* 11. vers. *Secunda*, & *seqq. sed* 19. & 20. Vbi Rotæ decisionem affert. *Et lib.* 11. *consil.* 1006. *numer.* 36. Alvarad. *de Coniectur. ment. defunct. lib.*2. *cap.*1. §.1. *num.* 26. vers. *Communis.* Fusar. *de Fideicommissar. substitut. quæst.*548. *num.*1. & 2. D. Castill. *lib.*5. *Controvers. cap.*87. *num.*32. 33. 34. & 35. Addent. ad D.Molin. *de Primogen. lib.*2. *cap.* 5. *num.*4. vers. *Nec personæ.* Barbos. *vot.*65. *per tot.* Vbi elegantissimè. Noguer. *allegat.*9. *num.*54. & *seqq. sed* 73. & 74. D.Amaya *in Leg. Nullus* 60. *Cod. de Decurion. num.*23. Roxas *de Incompatibilitat.* 1. *part. cap.* 6. *numer.* 369. & ibi Aguila *num.*455. & *seqq.* Pegas *tom.*2. *resolut. Forens. cap.*10. *num.*75. *Sed tom.*1. *de Maioratib. cap.*7. *num.*156. Torre *de Maioratib.* 1. *part. cap.*27. *num.*26. & 27.

106 Con quantas mayores ventajas la Facultad dada por el Principe se ha de entender, y limitar, para que el ascendiente en virtud de ella no pueda omitidos, ò excluidos sus descendientes llamar à sus transversales, ò extraños?

Ma-

107 Mayormente quando el Marquès de Miravèl numer. 33. aunque dèmos sea pariente transversal cognado de Lazaro de Quiñones num. 11. Fundador, es totalmente extraño de Doña Luysa Flores num. 10. Confundadora. D. Castill. *lib. 2. Controvers. cap. 26. num. 34.* Pegas *de Maioratib. tom. 2. cap. 20. num. 368.*

108 Y si penetramos la verdadera Jurisprudencia, totalmente extraño de ambos Fundadores en nuestra especie; porque el transversal en comparacion, y competencia del descendiente, es, y se estima extraño. D. Palac. Rub. *in Leg. 27. Taur. num. 49.*

109 La mente, è intencion de los Principes no la hallamos declarada, y manifestada siempre à favor de los descendientes en todas las disposiciones de los ascendientes?

110 Porque, si el ascendiente grava à vn descendiente, para que restituya cierta herencia, ò cosa, no solo à vn extraño, sino aun à otro descendiente, siempre se estima, y entiende el gravamen del Fideicommisso, si el descendiente gravado *sine liberis decedat. Leg. Cum avus* 102. *ff. de Condition. & demonstrat. Leg. Cum acutissimi* 30. *Cod. de Fideicommiss. Leg. Generalitèr* 6. versic. *Cum autem Cod. de Institut. & substitution. Leg. 10. tit. 4. partit.* 6. Gomez *tom. 1. Variar. resolut. cap. 5. numer. 32. & seqq.* Vbi Ayll. *numer. 34. & seqq.* plurimos affert. D. Covarrub. *Practicar. quæst. cap. 38. num. 11.* Matienç. *in Leg. 5. tit. 7. lib. 5. Recopilat. gloss. 6. numer. 1. Et in Leg. 11. gloss. 4. num. 7.* Vbi Azeved. *num. 27. 28. & 30.* Angul. *gloss. 3. num. 21. & seqq.* D. Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 5. num. 31.* D. Vela *tom. 1. dissert. 11. num. 101.* D. Larrea *tom. 1. decis. 33. numer. 48. 104. & seqq.* Antun. *de Donat. tom. 1. lib. 1. prælud. 2. §. 2. num. 149. & seqq.*

111 Cuya doctrina milita en terminos de mejora de tercio, y quinto segun la disposicion de la *Ley 27. de Toro.* Vbi Tello *numer. 8. & seqq.* Gomez *dict. cap. 5. numer. 32.* versic. *Ex quo infero.* Vbi Ayll. vers. *Filius gravatus.* Pat. Molin. *de Iustit. & iur. tom. 1. tract. 1. disput. 190. num. 24.* Azeved. *in dict. Leg. 11. num. 27.* Vbi Matienç. *gloss. 6. num. 7.* Angul. *gloss. 3. num. 21. & seqq.* Aguila ad Roxas *de Incompatibilit. 5. part. cap. 1. num. 36.*

112 Pero aun en terminos mas estrechos, que la disposicion *dictæ Legis Cum avus* tenga cavimiento no solo en los Mayorazgos fundados por los ascendientes en sus descendientes; sino aun en los Mayorazgos fundados por los transversales en sus transversales, ò extraños. D. Gregor. Lopez *in Leg. 20. tit. 4. partit. 6. gloss. 2.* D. Covarrub. *dict. cap. 38. num. 12.* D. Molin. *de Primogen. lib. 1. cap. 4. num. 37.* Pat. Molin. *de Iustit. & iur. tom. 3. tractat. 2. disput. 589.*

num.

*num.*1. Mieres *de Maioratib.* 4.*part. quæst.*1. *num.*20. *Et quæst.*29. *num.*17. D.Castill. *lib.*5. *Controvers. tom.*6. *cap.*166. *num.*46. Noguer. *allegat.*9. *num.*59. Antun. *de Donation. tom.*1. *lib.*1.*prælud.*2. §.2. *numer.*156. Aguila ad Roxas *de Incompatibilit. part.*5. *capit.*4. *num.*29. *& seqq.* Vbi 33. *etiam in Maioratu ab extraneo in extranei familia instituto.*

113 Es singularissima para nuestra especie vna de las razones, que trahe Antonio Gomez *dict. num.*32. vers. *Cuius ratio*, ibi: *Tertia, quia, quando testator, PRINCEPS, vel Lex verisimilitèr aliquid disposuisset in casu omisso, si de eo cogitaret, vel esset interrogatus, habetur pro expresso. Ita probat textus valde notabilis in Leg. Tale pactum*, §. *fin. ff. de Pact.* Et ibi glossa ordinaria, & communitèr Doctores.

114 La succesion activa de los descendientes à los ascendientes es de Derecho Divino, Natural, de Gentes, Civil, Canonico, y Real. *Leg. Cum ratio* 7. *ff. de Bonis damnat.* ibi: *Cum ratio naturalis, quasi Lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addiceret, veluti ad debitam succesionem eos vocando.* §. *Intestatorum* 1. *Institut. de Hæreditat. quæ ab intestat. deferunt.* Bossius *de Patria potestat. cap.* 3.§.7. *num.*224. Torre *de Maioratib.* 1.*part.cap.*24. *num.*19. *& seqq.* Vbi doctissimè.

115 Y assi privar à los hijos, y descendientes de la succesion de sus padres, y ascendientes, y transferirla à otras personas, es turbar, y alterar no solo el orden de naturaleza, sino aun la misma naturaleza, y todo el dictamen de la razon, y la razon misma, en que se fundan todos los derechos. *Leg. Nam etsi parentibus* 15. *ff. de Inofficios. testament. Leg. fin. Cod. de Institut. & substitut.* Fusar. *de Fideicommiss. substitut. quæst.*484. *numer.*18. ibi: *Secundò accedit, quod succesio filij est secundum naturam, & secundum ordinem iuris; aufferre autem succesionem à filijs, & in alios transferre, est turbare iuris, & naturæ ordinem, & tales turbationes sunt luctuosæ.* Quem refert, & transcribit Torre *de Maioratib.* 1.*part. cap.*24. *num.* 24.

116 Por lo qual de la mente piadosa de vn Principe Catholico (que es Padre de la Patria, y el mejor Padre. Seneca *de Clement. lib.*1. *cap.*14. ibi: *Quem appellavimus Patrem Patriæ, non adulatione vana adducti. Quod ergo officium eius est? Quod bonorum parentum.*) no debemos creer, que dà facultad à el ascendiente, para que pueda excluir à los descendientes, y llamar à los transversales, ò extraños.

117 Si el Padre, que grava al hijo con la restitucion del Fidei-

deicommiſſo aun à favor de otro hijo, ſiempre ſe eſtima, que ſolo quiere la reſtitución, quando el hijo gravado *ſine liberis decedat*. Vide *ſuprà num.*109. *&* *ſeqq.*

118 Con quantas ventajas debemos creer de la mente de el Principe, que ſu intencion no es, que el aſcendiente, que tiene deſcendientes, *& non ſine liberis decedit*, pueda excluirlos, y llamar à los tranſverſales, ò extraños. *Quod ergo officium eius eſt? Quod bonorum parentum. Numquid aliquis ſanus filium ad primam offenſam exhæredat? Hoc, quod parenti, etiam Principi concedendum eſt.* Senec. *dict. cap.*14.

119 Si aun el Padre no puede, ni debe exheredar al hijo, aun quando ſe halla ofendido del hijo. *Numquid aliquis ſanus filium ad primam offenſam exhæredat?*

120 Con quantas ventajas debemos creer, que la intencion del Principe no es, que el aſcendiente ſin cauſa, ni motivo alguno exherede al deſcendiente. *Hoc, quod parenti, etiam Principi concedendum eſt*. Senec. *dict. cap.*14.

121 Mayormente, quando el Principe ſiempre ſe eſtima, que no quiere, ni aun puede derogar aquellas coſas, que ſon de Derecho Divino, y Natural. D. Molin. *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 3. *num.*16. *&* *ſeqq.* Antun. *de Donationib. tom.*1. *lib.*2. *cap.*11. *num.*1. *&* *ſeqq.* Vbi plures.

OBIECTIONVM SATISFACTIO.

122 No obſta el ſeñor Molina *de Primogen. lib.*2. *cap.*11. *numer.*11. *&* *ſeqq. ad* 16. à quien ſigue, y cita Gutierr. *lib.*2. *Pract. quæſt.*67. *num.*1. *&* 2.

123 Lo primero; porque eſtos dos Auctores ſuſcitaron la queſtion general propueſta *ſuprà numer.*42. *&* *ſeqq.* *Vtrùm* el aſcendiente, que funda en virtud de Facultad Real eſtà obligado à obſervar todo el orden preſcripto por la *Ley* 27. *de Toro.*

124 Y aunque en los argumentos, que trahen por vna, y otra ſentencia, hazen mencion de los hijos, y deſcendientes. D. Molin. *num.*11. verſ. *Primò*; & verſ. *Secundò. Et num.*14. verſ. *Secundò. Et num.*15. *&* 16. Gutierr. *num.*1. *&* 2.

125 Sin embargo en quanto los hijos, y deſcendientes llevaron nueſtra ſentencia con las ſingulares circunſtancias, que advertimos *ſuprà num.*72. *&* *ſeqq. ad* 80.

126 Lo ſegundo; porque el ſeñor Molina *dict. numer.* 16. verſ. *Quartò*, dexò indeciſa ſu reſolucion aun en la queſtion general.

127 Lo tercero; porque la decision, que refiere el señor Molina *dict. num.* 16. vers. *Quartò*, verb. *Quibus rationibus*, solo fue sentencia de vista; pero no consta, qual fuesse la sentencia de revista, porque se hallava pendiente la suplicacion; segun previene el señor Molina. Y sobre todo no consta, sobre qual de los grados recayò dicha sentencia; si sobre el primero de los descendientes legitimos; ò sobre alguno de los quatro inferiores de descendientes naturales, ascendientes, transversales, ò extraños; entre los quales ay la notable distincion, que constituye summa distancia de vnos à otros. Vide *suprà num.* 41. *& seqq.*

128 Avendañ. *in Leg.* 40. *Taur. gloss.* 1. *num.* 53. *& seqq. ad* 68. que se estrechò mas à nuestra question singular de hijos, y descendientes, haze la distincion entre transversales, y extraños; para que el ascendiente Fundador en virtud de Facultad Real pueda, excluidos, ò preteridos los descendientes, llamar al transversal, pero no al extraño.

129 Cuya distintiva resolucion impugna el señor Castill. *lib.* 4. *Controvers. cap.* 36. *num.* 26. vers. *E contrario.*

130 Pero el mismo Avendañ. *dict. num.* 53. *& seqq.* en quanto à los hijos, y descendientes, segun sus clausulas, y Auctores, que cita, parece sigue nuestra sentencia. Vide *suprà numer.* 81. 82. *&* 83.

131 El señor Castillo, que tocò en varios lugares este punto, se remitiò al *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 22. *& seqq.* Vide *suprà num.* 84. *& seqq.*

LIMITATIO SINGULARIS.

132 Pero todos, quantos Auctores asta aora sobre este punto han escrito, concordes convienen, que la question subscitada *suprà numer.* 41. *& seqq.* solo tiene cabimiento, quando la Facultad Real para eligir, y nombrar personas es general, y absoluta.

133 Porque, quando es limitada, y coartada, convienen, que el que vsa de la Facultad Real, ha de vsar segun la forma, que en la misma Facultad Real se prescribe.

134 La razon legal de esta conclusion, que llevan los Auctores, que luego citarèmos, dà Roxas *de Incompatibilitat.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 357. à quien refiere, sigue, y traslada Luca *de Linea legal. artic.* 18. *num.* 3. ibi: *Commissarius autem ad vnguem debet observare conditiones, & qualitates facultatis sibi concessæ ad eligendum,*

seu

seu nominandum successorem, & non excedere commissionis fines; quia si excedit, nominatus non erit de linea electiva. Leg. *Filiusfamilias* 114. §. *Cum pater*, *ff. de Legat.* 2. Leg. *Diligentèr* 5. *ff. Mandat.* Leg *Si ante* 10. *ff. ad Senatusconsult. Trebell. Et probatur de iure nostro in Leg.* 27. *Taur.* A que añade Luca: *Et non potest alterare ordinem à testatore præscriptum, vni gratificando, & alium excludendo.* Peregrin. *de Fidecommiss. artic.* 14. *num.* 7. Seraphin. *decis.* 874.

135 Pero, porque los Auctores se explican con diversas phrases, para hablar con mas propiedad, dirèmos las mismas phrases, con que se explican los Auctores.

136 D.Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 11. *numer.* 14. vers. *In contrarium*, ibi: *Facultas autem Regia eam facultatem simplicitèr, atque absque limitatione concedat; ideòque, qui facultate Legis vtitur, ordinem à Lege præstitutum servare debet; qui verò Regia Facultate, minimè; CVM IN EA NVLLVS ORDO PRÆSTITVS INVENIATVR; & si Rex voluisset, quod in Maioratu ex Regia Facultate instituto aliquis ordo servaretur, id expressisset; provt in dicta Lege Tauri expressum est. Cum igitur id in Regia Facultate expressum non sit, de eo curandum non erit.* Mieres *de Maioratib.* 1. *part. in init. numer.* 103. ibi: *Nam liberè potest facere vocationes, & substitutiones, quas voluerit, non servato ordine illius Legis*, NISI ALIVD IN FACVLTATE REGIA SIT EXPRESSVM. Pat.Molin. *de Iustit. & iur. tom.* 3. *tract.* 2. *disput.* 609. *num.* 6. ibi: *Nisi secundum etiam proponatur, & concedatur, non censetur in eo dispensatum.* Gutierr. *lib.* 2. *Practicar. quæst.* 67. *numer.* 1. vers. *Nibilominus*, ibi: *Non est, cur ipsius dispositionem limitatam, atque in tertio restrictam ad Facultatem Regiam* SIMPLICITER *concessam ad Maioratum constituendum de proprijs bonis, & vocandas personas*, QVAS PARENTI LIBVERIT. *Quod si aliquid voluisset concedens, expressisset; provt in nostræ Legis Regiæ casu expressum est; cum igitur id non fecerit, de eo curandum non est. Et num.* 2. ibi: *Quia ipsa libera conceditur*, PRÆTERQVAM IN EXCEPTVATIS, ET LIMITATIS IN IPSA FACVLTATE.

137 Avendañ. *in Leg.* 40. *Taur. gloss.* 1. *numer.* 66. *ad fin.* ibi: *Cum non dicatur extendi vltra mentem concedentis, neque verborum proprietatem, si virtute eius formentur ad libitum instituentis plurimæ substitutiones; imò nihil aliud sonent verba, neque aliud voluisse concedentem intelligatur, quam tribuere facultatem amplam ad libitum substituendi. Et numer.* 68. ibi: *Quando ex licentia datur* LIBERA FACVLTAS SVBSTITVENDI AD LIBITVM EXTRANEOS, *cum de potestate Regia non sit dubitandum; cui libentèr accedimus, si*

fa-

facultas ita generalis, quod in dubium potestas eius circa substitutionem extranei revocari non possit. Angul. *de Melioration. in Leg.* 11. *tit.6. lib.5. Recopilat. gloss.4. num.*12. ibi: *Sed sat erit servare formam facultatis.* D.Castill. *lib.4. Controvers. cap.36.num.24.* versic. *In primis*; vbi D.Molinam transcribit. (Vide *suprà num.*136.) *Et num.*25. ibi: *Cum in eius nullo ordo præstitutus inveniatur, ac ideò omissum eum credendum sit necessario; quia, si apponeretur, servari debuisset. Et num.*27. vers. *Et ante omnia*, ibi: *Et ante omnia primo præmitto, & constituo Facultatis Regiæ verba, quibus instituendi Maioratum facultas, & licentia conceditur, & aliorum filiorum legitimas gravandi, diligentèr inspicienda, & metienda; vt, quid contineant, appareat dilucidè; id namquè, quod eisdem Facultatis Regiæ verbis contineatur, & concedatur, erit ad vnguem observandum. Et num.*28. ibi: *Secus verò respectu voluntatis circa dispositionem, quia ipsa libera conceditur, PRÆTERQVAM IN EXCEPTIS, ET LIMITATIS IN EADEM FACVLTATE, iuxtà quam actus potestas metiri, & intelligi debet; nec iuris communis interpretationi locus esse potest, vbi facultas adeò plenè, & clarè conceditur, iuxtà suprà dicta.*

138 Las clausulas de la Facultad Real son en la suplica, ibi: *En vno de vuestros hijos, ò hijas, que aora teneis, è adelante tuvieredes, y en sus descendientes; y à falta de ellos, en otras personas, que quisieredes.* En la concesion, ibi: *En vno de los vuestros dichos hijos, ò hijas, que aora teneis, ò adelante tuvieredes, y en sus descendientes: E à falta de ellos en la persona, que quisieredes.* Et infrà ibi: *No se pueda vender, &c. por los dichos vuestros hijos, ò hijas, ni sus descendientes, ni personas, que succedieren en el Mayorazgo.*

139 Cuya clausula, *y à falta de ellos*, como puesta despues *de los hijos, ò hijas, y sus descendientes*, es relativa *à los hijos, è hijas, y descendientes* de los Fundadores.

140 La razon legal es; *Quia determinatio vna respiciens plura determinabilia, æqualitèr, & vniformitèr determinat. Leg. Nam hoc iure 4. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut.* D. Castill. *lib.5. Controvers. capit. 97. numer.* 1. *& seqq.* Vbi plures textus, & Auctores adducit.

141 Y asi para que los Fundadores puedan llamar *à las personas, que quisieren*, es preciso, como forma de la misma Facultad, que primero, y antes *falten todos los hijos, è hijas, y descendientes* de los Fundadores; pues solo *à falta de ellos* les dà licencia la Real Facultad, para llamar *à las personas, que quisieren.*

142 Porque, quando vno es llamado à falta de otros, mientras huviere alguno de los otros, no puede, ni debe ser admitido aquel,

aquel, que es llamado à falta de los otros. *Respondi quoad aliquis eorum vivat, Fideicommissum Reipublicæ non deberi. Leg. Codicillis* 34. *ff. de vsufruct. legat. Leg. Quidam* 30. *ff. de Vulgar. & pupillar. subsstit. Leg. Cum quidam* 10. *Cod. de Impuber.* D. Larrea *tom.* 2. *decis.* 54. *num.* 3. *ad fin.* ibi: *Quando aliquis substituitur in defectum, vel post mortem plurium copulativè positorum, non admittitur, nisi purificata conditione in omnium persona.* Vbi alios affert.

143 Y assi los Fundadores solo *à falta de sus hijos, è hijas, y sus descendientes*, pudieron llamar à sus transversales, ò extraños en virtud de esta Facultad Real; pero no mientras alguno de sus hijos, è hijas, ò descendientes viviesse.

144 Puede replicarse, que esta clausula, *y à falta de ellos*, puede ser relativa limitadamente à vno de los hijos, ò hijas, y sus descendientes del Fundador.

145 Y que esta se halla verificada en Don Diego de Quiñones num. 15. hijo primogenito de los Fundadores, y sus descendientes; pues todos ellos han faltado, aviendo llamado los Fundadores al dicho Don Diego de Quiñones, en cuya cabeza fundaron Mayorazgo, y à todos sus descendientes varones, y hembras.

Pero à esto respondemos:

146 Lo primero, que la misma Facultad Real en las clausulas posteriores manifiesta, que la clausula, *y à falta de ellos*, es, como relativa comprehensiva *de los hijos, è hijas, y descendientes*; pues en la clausula prohibitiva de enagenacion dize: *No se pueda vender, dar, donar, trocar, cambiar, empeñar, ni enagenar* POR *LOS DICHOS VUESTROS HIJOS, O HIJAS, NI SUS* DES*CENDIENTES, ni personas, que succedieren en el Mayorazgo.*

147 Lo segundo, que siendo esta clausula, *y à falta de ellos*, posterior *à los hijos, è hijas, y sus descendientes*, se debe estimar relativa à todos ellos; pues sobre todos ellos cae la determinacion, y en todos ellos se halla la misma igualdad de razon. Vide *suprà num.* 140.

148 Lo tercero, que aviendose de entender esta clausula segun Derecho, segun Derecho se deben estimar comprehendidos *todos los hijos, è hijas, y sus descendientes.* Vide *suprà num.* 59. *& seqq.*

149 Cuya regla milita con mayores ventajas en las Fundaciones de tercio, y quinto. Vide *suprà numer.* 9. *& seqq. sed* 18. *& seqq.*

150 Lo quarto, que quando el caso fuesse dudoso aun con la mas leve duda, *sobre si se avia de entender dicha clausula*, y à falta de ellos, *à favor de todos los hijos, y descendientes*, ò *solo de*

I *vn*

vn hijo, y sus descendientes, bastava, para que se debiesse entender à favor de todos los hijos, y descendientes; porque los demàs no quedassen, y se estimassen excluìdos. Luca *de Fideicommiss. tom.* 10. *discurs.* 24. *num.* 13. *Et discurs.* 41. *num.* 9. Torre *de Maioratib.* 1. *part. cap.* 38. *num.* 384. ibi: *Etiam in casu dubio, qualis esset ille, qui penderet à coniecturis, iudicantis arbitrium semper interponi debet ad favorem descendentium, & ex sanguine; cum nimis durum videatur descendentes excludere, quoties plusquam clara testatoris voluntas non refragatur.*

151 Lo quinto, que en qualquier caso de duda aun leve la Facultad Real se debe entender, è interpretar de suerte, que los hijos, y descendientes nunca puedan ser excluìdos. Vide *suprà numer.* 89. & 90.

152 Lo sexto, que la contraria interpretacion padecia la dureza, que el Principe en duda se estimasse, que ofendia el Derecho Divino, Natural, de Gentes, y Positivo; segun el qual el hijo es heredero, y successor del Padre. Vide *suprà num.* 114. & *seqq. ad* 121.

153 Y en estos terminos no obsta la clausula *en vno de vuestros hijos, ò hijas, que aora teneis, è adelante tuvieredes, y en sus descendientes; y à falta de ellos en otras personas, que quisieredes,* en quanto comprehende las palabras *en vno de vuestros hijos.*

154 Porque, como estas miran à la fundacion de Mayorazgo en vno de los hijos, ò hijas; pues siendo el Mayorazgo por su naturaleza individuo, el qual, como individuo solo se ha de fundar en vno, y solo se ha de deferir à vno. D. Covarrub. *lib.* 3. *Variar. cap.* 5. *num.* 3. Vbi Faria *num.* 9. D. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 7. *Et cap.* 3. *num.* 6. & 7. *Et cap.* 5. *numer.* 31. Garcia *de Expens. cap.* 16. *num.* 3. D. Lara *de Anniverss. lib.* 1. *cap.* 4. *numer.* 27. D. Castill. *lib.* 5. *Controvers. tom.* 6. *cap.* 144. *num.* 2. & *seqq.* Torre *de Maioratib.* 1. *part. cap.* 4. *num.* 31. & *seqq.*

155 Con justissima razon para este fin, y efecto dize la Facultad Real, *queriades hazer, è instituir Mayorazgo en vno de vuestros hijos, ò hijas; y en sus descendientes*; pero no para excluir à los demàs hijos, è hijas à falta de aquel, en quien se funda, y sus descendientes.

156 La misma doctrina legal milita en la mejora de tercio, y quinto vinculada sin Facultad Real; pues esta siempre se funda en vno de los hijos, ò hijas, y siempre se defiere à vno de los descendientes por la naturaleza individua de Mayorazgo, que solo se funda en vno, y solo se defiere à vno.

157 Y entre los hijos, è hijas, ò descendientes se funda, ò

se

se defiere à aquel, ò à aquella, que el ascendiente Fundador nombra, ò elige; porque entre sus hijos, y descendientes aun sin Facultad Real no negamos la eleccion al ascendiente. Vide *suprà numer.* 15.

158 Pero la Facultad de fundarlo en cabeza de vn solo hijo, ò hija, segun quisiere, por la eleccion, que entre ellos tiene, no le dà facultad para despues de aquel, ò aquella excluir, ni omitir, ni aun posponer algun descendiente en competencia de vn transversal, ò extraño. Vide *suprà num.* 9. *& seqq.*

159 Pero sin perjuyzio de la verdad dèmos, que la clausula, *y à falta de ellos* sea relativa al hijo, y sus descendientes, en quien se fundò el Mayorazgo; todavia es notorio el defecto de potestad en los Fundadores, para excluir à Don Gabriel de Saavedra num. 38. como descendiente de Don Antonio de Quiñones num. 16.

160 Para su inteligencia presupongo, que los Fundadores en la persona de Don Diego de Quiñones num. 15. su hijo primogenito, en cuya cabeza fundaron el Mayorazgo, aunque debaxo de diversas classes llamaron à todos sus descendientes varones, y hembras. *Memor. impress. claus.* 1. *num.* 8. *fol.* 6. *b.*

161 Pero en Don Antonio de Quiñones num. 16. su hijo segundogenito, à quien despues de los referidos llamaron, solo llamaron à sus descendientes varones agnados, excluyendo sus hembras descendientes, y los varones descendientes de ellas. *Memor. impress. claus.* 2. *num.* 9. *fol.* 7. *b. &* 8.

162 *His prælibatis* se reconoce el defecto de potestad de los Fundadores, para excluir segun la Facultad Real à las hembras descendientes de Don Antonio, y los varones descendientes de ellas; porque segun la Facultad Real pueden los Fundadores instituir, y hazer Mayorazgo *en vno de sus hijos, ò hijas, y en sus descendientes, y à falta de ellos* en otras personas, que quisieren.

163 Y esta clausula, *en vno de vuestros hijos, ò hijas, y sus descendientes, y à falta de ellos*, nadie duda, que en la palabra *descendientes* generalmente proferida, como en la Facultad Real, se comprehenden los descendientes varones, y hembras. *Leg. Quotiens fin. Cod. de Suis, & legitim. liber.* ibi: *Cuiuscumque sexus. Novel.* 118. *cap.* 1. ibi: *Cuiuslibet naturæ, aut gradus, sivè ex masculorum genere, sivè ex fœminarum descendens. Leg.* 2. *tit.* 13. *par. tit.* 6. Mantic. *de Coniectur. vltimar. voluntat. lib.* 8. *tit.* 11. *numer.* 1. Tuschus *tom.* 1. *lit.* D. *conclus.* 219. *num.* 3. 7. 10. 11. *&* 15. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 22. *num.* 43. *Et artic.* 25. *num.* 8. Barbos. *tractatib. Var. appellat.* 70. *num.* 1. *sed* 9. *&* 10. D. Castill. *lib.* 2.

Controverſ. cap.4. num.102. Et lib.3. cap.29. num.13. Et lib.5. capit.92. num.59. verſ. *Non etiam , ad fin.* Eſcobar *de Puritat. 1.part. quæſt.4.* §.1. *num.35.* D.Larrea *tom.2. deciſ.53. num.2.*

164 Y aſsi ſolo *à falta de los deſcendientes varones , y hembras* del hijo , ò hija , en quien ſe fundò el Mayorazgo , pueden los Fundadores en virtud de la Facultad Real llamar à las perſonas, que quiſieren.

165 Luego aviendo los Fundadores fundado en ſegunda cabeza , y llamado en ſegundo lugar à Don Antonio de Quiñones num.16. debieron llamar à ſus deſcendientes varones , y hembras, antes de paſſar à llamar à otras perſonas.

166 Ni obſta , que en Don Diego de Quiñones numer. 15. primer llamado llamaron à todos ſus deſcendientes varones , y hembras. Vide *ſuprà num.160.*

167 Porque aviendo tambien llamado à Don Antonio de Quiñones ſu hijo numer. 16. era preciſo ſegun la miſma Facultad Real , que llamaſſen à ſus deſcendientes ; en cuya generalidad eſtàn comprehendidos los varones,y hembras. Vide *ſuprà num.163.*

168 Pues para cumplir con la Facultad Real , aviendo llamado à vn hijo , era preciſo , que llamaſſen à ſus deſcendientes ſegun la forma , que ſe les preſcribe en la Facultad Real.

169 Quando dèmos , aunque no concedàmos el hypotheſi, que los Fundadores en virtud de la Facultad Real aviendo fundado el Mayorazgo en cabeza de Don Diego de Quiñones num.15. y llamado à todos ſus deſcendientes varones , y hembras, pudieran aver excluido , ù omitido à Don Antonio de Quiñones, y ſus deſcendientes , y llamado à los tranſverſales.

170 Pero nunca darèmos ſegun la miſma Facultad Real , que aviendo llamado à Don Antonio de Quiñones num.16. pudieron excluir à ſus deſcendientes hembras, ni à los varones de ellas; pues la Facultad Real les preſcribe , que en el hijo , ò hija , que llamaren , llamen à ſus deſcendientes ; en cuya clauſula eſtàn comprehendidos los deſcendientes varones de hembras , y las miſmas hembras.

171 Y aſsi podrèmos dezir en eſte caſo con el Summo Pontifice *in Cap. Cum ſuper 23. de Offic. Delegat. Quod potuit , noluit: Quod voluit , adimplere nequivit.*

AR-

ARTICULO SEGUNDO.

DE VOLUNTATE.

QUOD POTUIT, NOLUIT.

Cap. Cum super 23. de Offic. Delegat.

PRÆMISSA.

172 Para mejor inteligencia presupongo.

173 Lo primero, que la agregacion es necessaria, ò voluntaria. Roxas *de Incompatibilit. 1.part. cap.7. numer. 27. 28. & 29.* Vbi Aguila *num. 46. & seqq.* Pegas *tom.4. Ordinam. lib.1. tit.50. gloss.1. cap.1. num.3. & seqq. & 17. Et de Maioratib. tom.1. cap.3. num.39. 40. 43. 57. & 74.*

174 Necessaria agregacion es la, que se haze por aquel, que se halla obligado à agregar. Voluntaria es la, que se haze por aquel, que no se halla obligado à agregar. Roxas *dict. cap.7. num.27. 28. & 29.* Vbi Aguila *num.46. & seqq.* Pegas *suprà vtrobique.*

175 En la agregacion necessaria no puede el agregante poner llamamientos, condiciones, ò calidades contrarias, y repugnantes à los llamamientos, condiciones, ò calidades del primitivo Mayorazgo; y aunque los ponga, no subsisten, antes bien se desestiman; porque solo se observan los llamamientos, condiciones, ò calidades del primitivo Mayorazgo. Roxas *dict. cap. 7. num.27. & 28.* Pegas *dict. gloss.1. cap.1. num. 9. Et dict. cap. 3. numer.40. & 57.*

176 Pero en la agregacion voluntaria puede el agregante poner los llamamientos, calidades, y condiciones, que quisiere; aunque sean contrarios, repugnantes, è incompatibles con los llamamientos, condiciones, ò calidades del primitivo Mayorazgo. *Leg. Cum filiusfamilias 28. ff. de Testam. milit.* Roxas *dict. cap.7. numer.29.* Pegas *dict. cap.1. num.17. Et dict. cap.3. numer.43. & 74.* Vide *num.203. 204. & 210.*

177 Como conocèmos, confessamos, que la agregacion de Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores num. 10. y 11. fue voluntaria, y no necessaria; pues no se hallavan obligados à agregar.

178 Y consiguientemente, que en su agregacion pudieron poner los llamamientos, calidades, y condiciones, que quisieron.

179 Lo ſegundo, que la agregacion voluntaria ſe haze de tres modos, *per incorporationem, acceſſoriè, & æquè principalitèr.* Gonçal. *in Regul.8. gloſſ.5. §.7. num.26.& ſeqq.* Garcia *de Benefic. tom.2. part.12. cap.2. numer.7.* Mieres *de Maioratib. tom.2. part.3. quæſt.8. numer.1. & ſeqq.* Azeved. *in Leg.6. tit.7. lib.5. Recopilat. num.4. & 5.* Barboſ. *de Iur. Ecclеſ. lib. 3. cap. 16. num. 5. & ſeqq.* Giurb. *de Feud. §.1. gloſſ. 11. num. 11. & ſeqq.* Roxas *de Incompatibilit. 4.part. cap.5. num.34.* Vbi Aguila 1.*part. cap.7. num.* 110. 117. *& ſeqq.* Pegas *tom. 4. Ordinam. lib. 1. tit. 50. gloſſ. 1. cap. 1. num.* 18. verſ. *Attamen. Et de Maioratib. tom. 1. cap. 3. numer. 76.* Murga *quæſt. Paſtoral. part. 1. quæſt. 2. num. 11. Et part. 2. quæſt. 2. num. 357. & ſeqq.* Moſtaz. *de Cauſ. pijs tom.2. lib.6. cap.3. num.50. & ſeqq.*

180 Quando la agregacion ſe haze *per incorporationem*, el Mayorazgo primitivo, y agregado es, y ſe eſtima vn ſolo Mayorazgo; y como vno ſe defiere à vn ſolo poſſeedor, y ſu ſucceſsion ſe govierna por ſolas las reglas del primitivo Mayorazgo; porque, aunque ſe pongan reglas contrarias, è incompatibles en la agregacion, eſtas ſe extinguen, y confunden por la miſma incorporacion; y prevalece; y prepondera la voluntad de agregar incorporando à la obſervancia de las reglas incompatibles. Gonçal. *num.2. & ſeqq. 33. & ſeqq.* Garcia *num.7. 12. & ſeqq.* Vbi nihil in tactum reliquit. Azeved. *dict. num.4. & 5.* Vbi elegantiſsimè; *& quod annexum amittit iura, & qualitates proprias.* Mieres *de Maioratib. tom.2. part.3. quæſt.8. num.1. & ſeqq.* Barboſ. *numer.6.* Amat. 2. *part. Variar. reſolut.67. num.45. & ſeqq. ſed 48. & 49.* Vbi, quod *id, quod vnitur, vnione facta extinguitur, & annihilatur; nec in conſideratione habetur; ſed ſpectatur id, cui fit vnio, & aggregatio.* Roxas *dict. cap.5. numer.35. 36. & 37.* Vbi doctiſsimè. *Sed 36. Licèt habeat in ſe conditiones contrarias; & vnio, ſeu incorporatio facta fuerit cum incompatibilibus conditionibus, ſeu vocationibus.* Pegas *dict. cap.1. num.18.* verſ. *Attamen. Et dict. cap.3. num.77.* Murga *part.1. quæſt.2. num.11.* Moſtaz. *num.50.*

181 La miſma doctrina milita, quando la agregacion ſe haze *acceſſoriè*; porque, aunque en la agregacion ſe pongan reglas contrarias, è incompatibles, ceſſan, y ſe confunden por la agregacion acceſſoria; y el Mayorazgo es ſolo vno, y ſe govierna por las reglas de la primitiva Fundacion; *quia aggregatum acceſſoriè ſequitur naturam ſui principalis.* Gonçal. *numer. 2. & ſeqq. 33. & ſeqq.* Garcia *num.12. & ſeqq.* Azeved. *dict. num.4. & 5.* Mieres *numer.1. & ſeqq.* Barboſ. *numer.7. & ſeqq.* Giurb. *numer.11. 12. &*

& 13. Roxas *dict. cap.5. num.*38. Pegas *dict. cap.*1. *num.*18. verſ. *Secunda. Et dict. cap.*3. *num.*45. 46. & 80. Murga *part.*2.*quæſt.*2. *num.*358. & 359. Moſtazo *num.*50.

182 Pero quando la agregacion ſe haze *æquè principalitèr*, vna, y otra diſpoſicion; eſto es el Mayorazgo primitivo, y el agregado queda cada vno en ſu fuerça, y eſtado; y cada vno mantiene ſus leyes, y reglas. Gonçal. *num.*55. & *ſeqq.* Garcia *num.*37. Mieres *num.*21. Barboſ. *num.*21. & *ſeqq.* Giurb. *num.*14. & *ſeqq.* Fraſſ. *de Reg. Patronat. tom.*1. *cap.*7. *num.*45. Roxas *dict. cap.*5. *numer.*39. Pegas *dict. cap.*1. *num.*18. verſ. *Tertia. Et dict. cap.*3. *numer.*82. Murga *part.*2. *quæſt.*2. *num.*357. Moſtazo *num.*52.

183 La queſtion ſingular, que en eſtos terminos ſe ofrece, es: *Utrùm* la agregacion de Lazaro de Quiñones, y Doña Luyſa Flores à la Caſa antigua de Sena, ſe debe eſtimar hecha *per incorporationem, acceſſoriè, aut æquè principalitèr*?

184 Porque, ſi ſe eſtima hecha *per incorporationem, aut acceſſoriè*, el Mayorazgo primitivo, y agregado ſerà vn ſolo Mayorazgo, que ſe deferirà à vn ſolo poſſeedor; y ſe governarà ſu ſucceſsion por ſolas las reglas de la primitiva Fundacion, confundidas, y extinguidas totalmente las reglas aun contrarias, è incompatibles pueſtas en la agregacion. Vide *ſuprà num.*180. & 181.

185 Pero, ſi eſta agregacion es *æquè principalitèr*, militarà la doctrina, que propondrèmos *infrà num.*196. & *ſeqq.*

186 Eſta queſtion, creo, totalmente la deciden Lazaro de Quiñones, y Doña Luyſa Flores por las clauſulas de ſu agregacion; pues evidentemente manifieſtan, que la agregacion de ſus bienes à la Caſa antigua de Sena es no ſolo mera acceſsion, ſino pura incorporacion.

187 Porque, deſpues de aver ponderado largamente en el proemio de ſu Fundacion *la mucha antiguedad, y buen renombre de la Caſa de Sena, y de los Señores, que la avian tenido, y poſſeydo, anteceſſores de Lazaro de Quiñones*, y comprehendido, y expreſſado ſus bienes. *Memor. impreſſ. num.*2. & 4.

188 Quando llegan à incorporar ſus bienes, dizen aſsi: *E por quanto nueſtra vltima, y determinada voluntad es, que aora, y en todo tiempo para ſiempre jamàs el dicho Alferazgo ande UNIDO, E INCORPORADO con todos los demàs bienes aquì contenidos, y expreſſados; è que el que fuere Señor de la Caſa de Sena, ſea Alferez mayor de la dicha Ciudad; porque con eſte preſupueſto le compramos, &c.* Memor. impreſſ. num.5.

189 Et infrà ibi: *Porque para la autoridad de eſta hazienda,*

de que hazemos esta dicha mejora, y Mayorazgo, le es muy importante, que el dicho Alferazgo no se aparte, ni divida de con el dicho Concejo de Sena; sino que lo vno, y otro ande VNIDO, E INCORPORADO para siempre jamàs con las dichas Casas de Leon, &c.

190 *Et numer. 6. in fin.* ibi: *Las quales dichas apresentaciones han de andar VNIDAS, E INCORPORADAS con la mas hazienda de este Mayorazgo.*

191 Porque agregacion *per incorporationem* es, quando los bienes pertenecientes à vno, y à otro Mayorazgo se vnen, y confunden de suerte, que mezclados hagan, y constituyàn solo vn Mayorazgo indivisible, è inseparable. Gonçal. *in Regul. 8. Chancellariæ gloss. 5. §. 7. num. 2. & seqq. sed 27.* Garcia *de Benefic. tom. 2. part. 12. cap. 2. numer. 7.* Barbos. *de Iur. Ecclesiast. lib. 3. cap. 16. num. 6. & seqq.* Azeved. *in Leg. 6. tit. 7. lib. 5. Recopilation. num. 4. & 5.* Roxas *de Incompatibilit. 4. part. cap. 5. numer. 35. 36. & 37.* Mostazo *de Caus. pijs tom. 2. lib. 6. cap. 3. num. 50.*

192 Agregacion *accessoria* es, quando los bienes agregados se vnen à el antiguo Mayorazgo, como parte, y porcion aumentativa del antiguo Mayorazgo. Gonçal. *num. 127. & seqq.* Garcia *num. 55. & 56.* Azeved. *num. 4. & 5.* Giurb. *de Feud. §. 1. gloss. 11. num. 14.* Pegas *de Maioratib. tom. 1. cap. 3. numer. 81.* D. Salgad. *4. part. Labyrinth. cap. 2. numer. 112.* ibi: *Et tunc cognoscitur, quod aggregatio, & vnio est accessoria, & non æquè principalis, quando aggregans dicit, quod vnit, incorporat, vel aggregat vnum alteri. Secus, quando asserit, vnio tale, & tale*; ita ex pluribus Doctoribus comprobat Nicolaus Garc. *de Benefic. part. 12. capit. 2. numer. 55. & 56. Et ideò certum est, quod hæc bona novitèr aggregata stant vnita, & incorporata accessoriè Maioratui considerato, vti capiti, & personæ fictæ.* Hactenus D. Salgad.

193 No necessitamos de adaptacion alguna de estas doctrinas à nuestra especie, pues las mismas clausulas propuestas *suprà num. 188. & seqq.* manifiestan la voluntad enixa de los agregantes de incorporar sus bienes à la Casa antigua de Sena, para que vnos, y otros vnidos, è incorporados constituyessen vn solo Mayorazgo indivisible; vsando, y valiendose los agregantes no solo de las clausulas, sino aun de las mismas palabras, que inducen agregacion *per incorporationem, & accessoriè*, ibi: *Aora, y en todo tiempo para siempre jamàs el dicho Alferazgo ande vnido, è incorporado con todos los demàs bienes aquì contenidos, y expressados; y que el que fuere Señor de la Casa de Sena, sea Alferez mayor de la dicha Ciudad.* Et infrà ibi: *Es muy importante, que el dicho Alferazgo no*

se

se aparte, ni divida de con el dicho Concejo de Sena; sino que lo vno, y otro ande UNIDO, E INCORPORADO para siempre jamàs. Vide *suprà num.* 188. *& seqq.*

194 Por lo qual solo nos resta, que dezir con el señor Larrea *tom.* 2. *decis.* 60. *num.* 9. *Quid apertius ex cogitari potuit, vt nulla voluntatis quæstio admittatur. Leg. Ille, aut ille* 24. §. 1. *ff. de Legat.* 3. ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.*

195 Pero dèmos sin perjuyzio de la verdad, que la agregacion de Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores es *æquè principal*; todavia es manifiesto el derecho de Don Gabriel de Saavedra; para lo qual presupongo.

196 Lo tercero, que la agregacion *æquè principal* se haze de dos maneras, ò concorde, ò discorde de la primitiva Fundacion.

197 Concorde à la primitiva Fundacion se haze la agregacion de dos modos.

198 O quando el Fundador del Mayorazgo agregado agrega *simplicitèr, & absolutè*, sin hazer llamamientos, ni poner condiciones algunas. D.Gregor.Lopez *in Leg.* 37. *tit.* 9. *part.* 6. *gloss.* 1. Mieres *de Maioratib.* 2. *part. quæst.* 5. *num.* 49. *& seqq.* D.Castillo *lib.* 3. *Controvers. cap.* 10. *num.* 9. vers. *Secundò. Et num.* 10. 11. 12. *& seqq.* Addent. ad D.Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 8. *numer.* 35. vers. *Primus.* Roxas *de Incompatibilit.* 4. *part. cap.* 5. *num.* 31. Pegas *tom.* 4. *Ordinam. Portug. lib.* 1. *tit.* 50. *cap.* 1. *num.* 18. *Et de Maiorat. cap.* 3. *num.* 48. 57. *&* 74.

199 O quando la agregacion se haze con todas las calidades, condiciones, y llamamientos del Mayorazgo primitivo; aunque sea sin expressar alguna solo relativè à ellas. Roxas *de Incompatibil.* 8. *part. cap.* 3. *num.* 10. Pegas *suprà dict. tit.* 50. *cap.* 1. *num.* 9. vers. *Et meritò. Et dict. cap.* 3. *num.* 48. 51. *& seqq. Et cap.* 6. *num.* 32.

200 Y aun quando la agregacion contiene algunas condiciones diversas; pero tales, que se puedan en algun modo concordar con las leyes del primitivo Mayorazgo; porque siempre, que puedan por qualquier modo concordarse, debe mantenerse la vnion. *Leg. Cohæredi* 41. §. *Qui patrem* 5. *ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Leg. Alimenta* 16. §. *Basilicæ* 2. *ff. de Aliment. legat.* Addent. ad D. Molin. *dict. cap.* 8. *num.* 35. vers. *Secundus.* Roxas *de Incompatibilitat.* 1. *part. cap.* 7. *num.* 30. *Et* 4. *part. cap.* 5. *numer.* 28. 29. *&* 32. *Et* 8. *part. cap.* 3. *num.* 11. Pegas *tom.* 4. *Ordinam. lib.* 1. *tit.* 50. *gloss.* 1. *cap.* 1. *num.* 17. vers. *Et quid dicendum. Et num.* 18.

201 En cuyos terminos es sentencia indubitada, que el Ma-

L

yo-

yorazgo antiguo, y agregado *est vnus, & idem Maioratus*; y como vn solo Mayorazgo se defiere à vn solo posseedor, governada su succesion por las reglas del primitivo Mayorazgo. Addent. ad D.Molin. *dict. cap.*8. *num.*35. vers. *Primus.* D.Castill. *dict. cap.*10. *à num.*12. *ad* 16. Roxas *de Incompatibilit.* 4.*part. cap.*5. *numer.*31. *Et* 8.*part. cap.*3. *num.*10. Pegas *dict. cap.*1. *num.*9. vers. *Et meritò. Et num.*15. *&* 17. vers. *Et quid dicendum. Et dict. cap.*3. *num.*45. 46. 48. 51. *& seqq.*

202 En tanto grado, que aun, quando no parece la Fundacion del primitivo Mayorazgo, para governar la succesion del primitivo; y agregado, se recurre à la costumbre antigua de succeder en el primitivo Mayorazgo, para segun ella regir la succession de vno, y otro. Mieres *de Maioratib.* 1.*part.quæst.*64.*num.*23. *&* 24. Aguila ad Roxas *de Incompatibilit.* 1.*part. cap.*7. *num.*111, 113. *&* 114. donde vno, y otro doctissimamente advierten, que, sino se prueba la costumbre, se govierna la succesion por las reglas de Mayorazgo regular. Pegas *de Maioratib. tom.* 1. *capit.* 3. *num.* 55.

203 Discorde se haze la agregacion, quando el Fundador de la agregacion puso en ella condiciones, calidades, y llamamientos contrarios, repugnantes, è incompatibles con los llamamientos, calidades, y condiciones del primitivo Mayorazgo.

204 En cuyo caso vno, y otro Mayorazgo no se estiman *vnus, & idem Maioratus*, ni se defieren à vn solo posseedor; sino que antes bien se estiman dos distintos Mayorazgos; y como dos distintos se defieren à diversos successores. D. Molin. *de Primogen. lib.*1. *cap.*8. *num.*35. *&* 36. Vbi Addent. vers. *Tertius.* Pat.Molin. *de Iustit. & iur. tom.*3. *tractat.*2. *disput.*617. *num.*8. D.Castill. *lib.* 3. *Controvers. cap.*10. *num.*9. *&* 17. Roxas *de Incompatibil.* 1.*part. cap.*7. *num.*26. *& seqq.* (Vbi Aguil. *num.*23. *& seqq. sed* 32.) *Et* 4.*part. cap.*5. *num.*27. *& seqq. Et* 8.*part. cap.*3. *numer.*10. 11. *&* 12. Pegas *tom.*4. *Ordinament. lib.*1. *tit.*50. *gloss.*1. *cap.*1. *numer.*9. *& seqq. sed* 17. *&* 18. *Et de Maioratib. tom.*1. *cap.*3. *num.*39. *& seqq. sed* 43. 48. *&* 74.

205 Y entonces cada vno de los dos Mayorazgos se govierna por sus reglas especiales. Vide *suprà num.*182.

206 El antiguo por solas las reglas de su primitiva Fundacion. Pat.Molin. *de Iustit. & iur. tom.*3. *tract.* 2. *disp.* 617. *num.* 8. D.Castill. *lib.*3. *Controvers. cap.*10. *num.*17.

207 Pues es principio sabido, que la succesion del Mayorazgo se ha, y debe governar por solo aquel primitivo orden da-

do

do por su Fundador. D.Molin. *de Primogen. lib. 1. cap. 2. num.26. sed cap.8. num.22.* D. Castill. *lib. 3. Controvers. cap.10. numer.33.* Giurb. *de Feud. §.1. gloss.8. num.44.* Barbos. *vot.30. num.10.* Pegas *tom.4. Ordinament. lib.1. tit.50. gloss.1. cap.1. num.16.* Vbi elegantissimè.

208 Sin que el successor, ni añadiendo, ni quitando, ni aun declarando pueda alterar, ni invertir los llamamientos, condiciones, y calidades desseadas en la primera investidura, y Fundacion. *Leg. Cum filiusfamilias 28. ff. de Testament. milit.* ibi: *Quia hæreditati quidem sua miles, qualem vellet, substitutionem facere potest; verumtamen alienum ius minuere non potest. Cap. 1. de Succession. feud.* ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.* D.Molin. *num.21. & seqq.* Pat.Molin. *de Iust.& iur. tom.3. tractat.2. disput.617. num.5.* D.Castill. *dict. cap.10. numer. 30. & seqq. Et lib.5. tom.6. cap.161. numer.20.* Giurb. *de Feud. prælud.5. num.31. & 32. Et §.1. gloss.8. num.43. & 44. Et §.2. gloss.3. numer.5. & seqq. Et gloss.8. num.27.* Barbos. *num.9. & 10.* Mieres *de Maiorat. 1.part. quæst.26. num.22. & seqq. Sed 4.part. quæst.1. num.201.* Pegas *num.15. & 16.*

209 Aunque agregue, è incorpore en el primitivo Mayorazgo bienes quantiosos suyos. D.Molin. *dict.cap.8.num.35.& 36.* Sed Pat. Molin. *dict. disput.617. numer.8.* ibi: *Quando successor in Maioratu addit, seu vinculat bona aliqua sua propria priori Maioratui, tunc addere potest conditiones, & modos, non solum bonis, quæ de novo addit, vt ex se est notissimum; sed etiam priori Maioratui: Modo tamen in nullo repugnent cum prioribus conditionibus, modis, & vocationibus; quippè in nullo contraveniri possit priori institutioni, in nulloque illa frustrari valeat. Observa tamen novas conditiones, & modos non obligare successores in antiquo illo Maioratu, nisi ex hypothesi, si succedere simul velint in bonis de novo additis, ac vinculatis priori Maioratui: Quarè quicumque successor in antiquo Maioratu poterit nolle adimplere eas conditiones, & modos, contentus solis bonis prioris Maioratus.* Ita Molin. *cap.8. citat. numer.35.* Hactenus Pat. Molin. Pegas *de Maioratib. tom.1. cap.3. num.39. & seqq. sed 41.* Vbi plurimos addit.

210 El agregado por solas las reglas de su agregacion. Pat. Molin. *dict. num.8.* D. Castill. *dict. num.17.* Roxas *dict. cap.7. numer.29. 30. & 31. Et part.4. cap.5. num.27. & seqq.* Sed elegantissimè Mieres *de Maioratib. tom.2. part.3. quæst.8. num.49. & seqq.* Amat. *part.2. Variar. resolut.67. num.55. 70. & seqq.* Pegas *dict. cap.3. num.44. & 74.*

Ma-

211 Mayormente, quando Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores su muger num. 10. & 11. Fundadores del agregado, agregaron por voluntad, no por necessidad; por lo qual pudieron, como no obligados à agregar, poner en sus Fundaciones à su libre, y absoluta voluntad todas las calidades, condiciones, y llamamientos contrarios, incompatibles, y repugnantes à los del primitivo Mayorazgo. Vide *suprà num.* 176. 203. *&* 204.

212 *His prælibatis* segun estas doctrinas indubitadas parece nos hallamos en terminos, en que el Mayorazgo antiguo de la Casa de Sena, y el agregado fundado por Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores su muger no son concordes, y conformes; antes bien discordes, y diversos con clausulas contrarias, y repugnantes; y tan *ex diametro* contrarias, y repugnantes, que no admiten concordia alguna.

213 Pues el Mayorazgo antiguo de Sena es vn Mayorazgo regular; y como regular admite varones, y hembras. *Memor. impress. num.* 19. *& seqq.*

214 Pero el agregado de Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores, aunque en la cabeza de Don Diego de Quiñones su hijo primogenito num. 15. debaxo de diversas classes admitiò todos sus descendientes varones, y hembras. *Memor. impress. claus.* 1. *num.* 8.

215 Pero en la cabeza de Don Antonio de Quiñones numer. 16. es de rigurosa agnacion, que solo admite varones descendientes de varones con positiva exclusion de las hembras, y varones descendientes de ellas. *Memor. impress. clausul.* 2. *num.* 9.

216 Y consiguientemente se deben estimar dos Mayorazgos distintos, y diversos pertenecientes à diversos successores, y posseedores; y governarse cada vno por las leyes particulares de su Fundacion. (Vide *suprà num.* 203. *& seqq.*) segun las clausulas especiales, contrarias, y repugnantes de cada vno.

QVÆSTIONIS EXAMINATIO.

217 Con todo cuydado dixe *suprà num.* 212. *parece nos hallamos en terminos, en que estos dos Mayorazgos no son concordes, sino discordes*; porque aunque es cierto nos hallamos en estos terminos; pero no son estos terminos los terminos singulares de nuestra especie, en que nos hallamos.

218 Todas las doctrinas propuestas militan, quando la contrariedad, y repugnancia nace de dos instrumentos, ò Fundaciones;

nes; quando las clausulas de la primitiva Fundacion son contrarias, y repugnantes à las clausulas de la agregacion; porque, aunque las clausulas de la primitiva Fundacion entre sì sean concordes, y las clausulas de la agregacion entre sì no padezcan repugnancia alguna; pero entre las clausulas de vna, y otra Fundacion se halla contrariedad, y repugnancia, que nace de la contrariedad, y repugnancia, no de cada Fundacion entre sì, sino de vna Fundacion respectivè à la otra. Optimè, & elegantissimè Roxas *de Incompatibilit. 1.part. cap.7. num.26. Sed maximè cap.10. num.39. Et 4.part. cap.5. num.27.*

219 Pero en nuestra especie ademàs de la contrariedad, y repugnancia, que ay de vna à otra Fundacion; en sola la Fundacion del agregado segun sus clausulas ay notoria contrariedad, y repugnancia, que nace de vn solo instrumento, y Fundacion. Roxas *dict. cap.10. num.1. & seqq. sed 39. Et dict. cap.5. numer.1. & seqq. sed 27.*

220 Porque los Fundadores del agregado en su Fundacion disponen, que *aora, y en todo tiempo para siempre jamàs el Alferazgo de Leon proprio suyo*, que agregan, *ande vnido, è incorporado con los demàs bienes de la Casa de Sena; y que el, que fuere Señor de la Casa de Sena, sea Alferez mayor de Leon.* Memor.impress.num.5.

221 Y quieren, que su agregado no passe à las hembras, ni à los varones de ellas descendientes de Don Antonio de Quiñones su hijo numer. 16. sino que antes bien succeda el hijo segundo del Conde de Luna, pariente transversal quando mas de Lazaro de Quiñones, y totalmente extraño de Doña Luysa Flores. *Memor. impress. num.9. & 11.*

222 Esta disposicion dize en sì misma contrariedad, y repugnancia; porque, si el agregado ha de estàr siempre vnido, è incorporado à la Casa de Sena, su succession ha de passar à las hembras, y varones de ellas descendientes de Don Antonio de Quiñones num.16. y no al hijo segundo del Conde de Luna.

223 Si ha de passar la succession del agregado al hijo segundo del Conde de Luna, no puede andar siempre jamàs, y en todo tiempo vnido, è incorporado à la Casa de Sena. Optimè, & elegantissimè D.Castill. *lib.3. Controvers. cap.10. num.18. & seqq. sed 21.* ibi: *Propter perplexitatem, & evidentem repugnantiam provenientem ex verbis ipsius testamenti; testator namquè voluit simul duo, quorum vnum cum altero evidentem contradictionem habebat; VT IN CASV PRÆSENTI, QVO IS, QVI BONA PROPRIA LIBERA ADDIDIT, VOLVIT ILLA SIMVL CVM BONIS AN-*

TIQVI MAIORATVS AD SVCCESSORES PERVENIRE ; ET SIMVL CONTRARIAS , AVT REPVGNANTES CONDITIONES APPOSVIT.

224 Bien pudieron (si pudieron) los Fundadores del agregado aver dispuesto , que la succesion de su agregado passasse al hijo segundo del Conde de Luna ; si huvieran dispuesto , que su agregado anduviesse dividido , y separado de la Casa de Sena ; pero no quisieron , que anduviesse dividido , y separado de dicha Casa; antes bien con exuberantissimas, y repetidas clausulas quisieron, que su agregado anduviesse siempre , y en todo tiempo vnido , è incorporado à la Casa de Sena.

225 Bien pudieron los Fundadores del agregado disponer, que su agregado anduviesse siempre vnido , è incorporado à la Casa de Sena ; si huvieran dispuesto , que la succesion del agregado passasse à sus descendientes hembras , y varones de ellas descendientes de Don Antonio de Quiñones num. 16. pero no quisieron, que la succesion de su agregado passasse à sus descendientes hembras , y varones de ellas descendientes de Don Antonio num. 16. sino que passasse al hijo segundo del Conde de Luna.

226 En cuya disposicion hallamos vna voluntad contraria, y repugnante à sì misma en la misma contrariedad , y repugnancia , que nace de las dos cosas, que quieren , que son contrarias, y repugnantes en sì mismas ; porque quieren , lo que no pueden; y lo que pueden , no quieren. *Quod potuit , noluit : Quod voluit, adimplere nequivit. Cap. Cum super 23. de Offic. Delegat.*

227 Si se mantiene la vnion , è incorporacion , que quieren, no passa al hijo segundo del Conde de Luna , segun quieren. Si passa al hijo segundo del Conde de Luna , segun quieren , no se mantiene la vnion , è incorporacion, que quieren. Roxas *de Incompatibilit. 1.part. cap.10. num.1. & seqq. sed 27. Et 4.part. capit.5. numer. 26.*

QVÆSTIO SINGVLARIS.

228 En esta pues contradiccion , y repugnancia de voluntad, la question singular es : *Qual ha de prevalecer.* Si la voluntad , que el agregado ande siempre , y en todo tiempo vnido , è incorporado à la Casa de Sena , aunque no passe al hijo segundo del Conde de Luna : O la voluntad , que passe al hijo segundo del Conde de Luna , aunque no ande vnido , è incorporado siempre , y en todo tiempo à la Casa de Sena. Optimè , & elegantissimè Roxas *de Incompatib. part.4. cap.5. num.2.*

En

229 En estos terminos la resolucion legal es, que ni vna, ni otra voluntad tiene subsistencia. *Vbi pugnantia inter se in testamento iuberentur, neutrum ratum est. Leg. Vbi pugnantia* 148. *ff. de Reg. iur. Leg. Si Titius* 16. *ff. de Condicion. institut. Leg.* 5. *tit.* 4. *partit.* 6. Roxas *de Incompatib.* 1. *part. cap.* 10. *num.* 1. *&* *seqq. sed* 35. *Et* 4. *part. cap.* 5. *num.* 25. *&* 26. Utrobique Aguila.

230 Pero la mas singular, y conveniente resolucion es, que en esta especie la disposicion contraria, y repugnante queda reducida à la naturaleza de Mayorazgo regular. Roxas *dict. cap.* 10. *numer.* 36. ibi: *Quando neutra conditio perplexa, aut vocatio contradictoria valere non potest, TVNC INSTITVTIO, SEV DISPOSITIO AD DISPOSITIONEM MAIORATVS REGVLARIS REDVCI DEBET, ET SVCCEDITVR IN EO, TAMQVAM IN MAIORATV REGVLARI; quia remanet sub dispositione iuris, & consuetudinis huius Regni, cui se conformare voluisse in dubio dicendum est.* Vbi Aguila *num.* 18. Vide *infrà num.* 260.

231 Y si queremos, segun debemos, quando podemos, evitar la contrariedad, y perplexidad de las clausulas incompatibles de vna misma Fundacion, para que no sea nula. *Leg. Si quis* 4. *ff. de Condic. institut. Leg. Qui quadringenta* 88. *ff. ad Leg. falcid.* D. Gregor. Lopez *in Leg.* 5. *tit.* 4. *part.* 6. *gloss.* 1. Mantic. *de Tacit. & ambig. conventionib. lib.* 14. *tit.* 29. *numer.* 3. D. Castill. *lib.* 3. *Controv. cap.* 10. *num.* 18. *& seqq.* Roxas *de Incompatibil.* 1. *part. cap.* 10. *num.* 29. *& seqq. Et* 4. *part. cap.* 5. *num.* 4. *& seqq.* Utrobique Aguil.

232 Mayormente, quando la perplexidad, y contrariedad, como en nuestra especie, no se halla en la substancia de la disposicion, esto es, en la Fundacion del Mayorazgo, sino en sus condiciones, esto es, en sus llamamientos qualificados, ò no qualificados. Mantic. *de Coniectur. vltimar. voluntat. lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 12. Aguila ad Roxas *de Incompatib. part.* 1. *cap.* 10. *num.* 14.

233 Hallarèmos à favor de la vnion, è incorporacion todas las reglas, que se prescriben, para evitar, y excluir la contrariedad, y perplexidad.

Porque

234 La primera regla para escusar la perplexidad es examinar, en qual de las dos contrarias condiciones prepondera la voluntad del Fundador; porque aquella, à la qual se inclina mas la voluntad del Fundador, prevalece, y se mantiene, desestimada, y reprobada la otra. *Leg. Qui quadringenta* 88. *ff. ad Leg. falcid.* ibi: *Cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, vt propter tuum legatum cæterorum legata minui nollet; magis est, vt statuere debeamus*

mus

mus tui legati conditionem defecisse. Roxas *de Incompatib. 4.part.cap.5. num.7. & seqq.* Vbi Aguil. *num.15.* elegantissimè, ibi: *Vt, si in eadem dispositione contrarietas inveniatur, tunc ei potissimum scripturæ standum, vbi plenius testator dixit.*

235 Las mismas clausulas de la Fundacion manifiestan, aver sido la primera, y principal voluntad de los Fundadores la vnion, è incorporacion de sus bienes à la antigua Casa de Sena, ibi:

236 *Considerando la mucha antiguedad, y buen renombre de esta Casa de Sena, y de los Señores, que la han tenido, è posseìdo, antecessores de mì el dicho Lazaro de Quiñones; è por evitar la diminucion, que por partixas, composiciones, y dotes dadas en hazienda ha avido en los successores, y herederos, que han tenido los posseedores de la dicha Casa, y Concejo, por lo qual ha venido en mucha quiebra, y diminucion à respecto de lo, que tuvo, y del aumento, en que estuviera, si alguno de los antecessores de mì el dicho Lazaro de Quiñones, Señores de la dicha Casa hoviera fecho Mayorazgo de los bienes, que tuvieron, è posseyeron.* Memor. impress. num.2.

237 Et infrà ibi: *E ansi para remediar, è obiar esto, como para memoria de personas tan principales, como los susodichos fueron; è porque las cosas divididas, y partidas en breve tiempo perecen, è quedan sin memoria, como la experiencia nos lo ha monstrado, è muestra cada dia; è quedando juntas, è enteras, es mas durable su memoria, ansi para el servicio de Dios, y de sus Reyes naturales, como por defensa, y honra del tal Linage.*

238 Et infrà ibi: *E ansi teniendo nuestra principal confiança en Dios nuestro Señor, en quien esperamos, que por su immensa bondad fue servido de dar, è conservar estos bienes dende tanto tiempo acà, como los han tenido, è posseìdo los antecessores de mì el dicho Lazaro de Quiñones, lo serà de los conservar, y crescer para su gloria, y servicio adelante.*

239 Et infrà ibi: *E ansi poniendo en èl toda nuestra esperança, y confiança desseando sin ofensa de Dios nuestro Señor, è sin cargo de peligro de nuestras conciencias acrecentar nuestra Casa, y conservar la memoria de nuestro Linage, queremos hazer de nuestros bienes Vinculo de Mayorazgo, ansi de los que al presente posseemos, como de los que adelante fuere servido Dios nuestro Señor de nos dar, con que mejor le podamos servir.*

240 *Et num.5.* ibi: *E por quanto nuestra vltima, è determinada voluntad es, que aora, y en todo tiempo para siempre jamàs el dicho Alferazgo ande vnido, è incorporado con todos los demàs bienes aquì contenidos, y expressados; è que el, que fuere Señor de la Casa de Sena,*

na, sea Alferez mayor de la dicha Ciudad; porque con este presupuesto le compramos, è procuramos nos hiziesse su Magestad el Rey Don Phelipe nuestro Señor merced de èl, y nos estrechamos, è posimos en necessidad para le haber; porque para la autoridad de esta hazienda, de que hazemos està dicha mejora, è Mayorazgo, le es muy importante, que el dicho Alferazgo no se aparte, ni divida de con el dicho Concejo de Sena, sino que lo vno, y otro ande vnido, è incorporado para siempre jamàs con las dichas Casas de Leon por razon del dicho Alferazgo, y ser tan conveniente tener casa, y asiento en la dicha Ciudad, y estàr allì tan junto nuestro entierro.

241 Et infrà ibi: *Y lo mismo se entienda la demàs hazienda arriba expressada, y la que adelante se dirà, en especial la de los Concejos de Bavia, de yuso, y de suso, y Delaguelles, y Campo, por ser tan cercanos, como son al dicho Concejo de Sena, que es el fundamento de los passados de mì el dicho Lazaro de Quiñones de largos tiempos acà; y estàr la vna tan cerca, y vezina de la otra, que parece ser toda vna misma cosa, y ser de mucho valor assi junta, como està; è ansi le seria mucho inconveniente, è menoscabo qualquiera division, le prohibimos, y vedamos, y ansi irà adelante la pena de ello expressada.*

242 *Et numer. 6. in fin.* ibi: *Las quales dichas apresentaciones han de andar vnidas, è incorporadas con la mas hazienda de este Mayorazgo.*

243 Doctissimè, & elegantissimè trasladando estas mismas clausulas Giurb. *de Feud.* §.1. *gloss.* 11. *num.* 1. *&* 2. *numer.* 1. ibi: *Non tam propter honorem ipsius primogenituræ, quam propter conservandum nomen, & dignitatem familiæ, quod exequi melius non potest,* NISI PER STUDIUM UNITATIS AD SUBLATIONEM DIVISIONIS, QUANTUM SALVA IUSTITIA FIERI POTEST. *Et num.*2. ibi: *Nobilium enim proprium est bonis suis nomen, & familiam conservare, eamque propagare; ex quorum divisione auctoritas, & splendor nobilitatis obscuratur; quod abhorrere ipsi solent, ne illis divisis pauperior fiat, & vilescat familia. Nihil enim adeo tam magnum est, vt in quasdam partes divisum ad nihilum, vel ad modicum non redigatur.* Vbi plurimos affert.

244 D.Salgad. 4.*part. Labyr. cap.*2. *num.*88. ibi: *Tum etiam, quia finis, & intentio aggregantis solum tendit, vt vel sua, vel antiqui Fundatoris memoria conservetur; & vt Maioratus antiquus ditetur, augeatur, & illustretur; atque indè successores decentius vivant, & commodius.*

245 Clausulas tan exuberantes, y enixas, como geminadas, y repetidas no necessitan ponderacion alguna para manifestar, que

la principal, y primera voluntad de los agregantes fue la vnion, è incorporacion de sus bienes à la Casa antigua de Sena; pues ellas mismas con tan justos, y loables motivos lo dizen mejor, que nosotros lo podèmos ponderar.

246 Pero no debèmos omitir, que estas clausulas, como primordiales, y proemiales descubren mejor la mente de los Fundadores, manifiestan la causa final de su disposicion; declaran, interpretan, amplìan, ò restringen las clausulas posteriores, en quienes se estiman repetidas. *Plerumque ea, quæ præfationibus evenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur. Leg. Titia* 134. §. *Idem* 1. *ff. de Verbor. obligat. Leg. Item* 4. §. *fin. ff. de Pact. Leg. fin. ff. de Hæred. instit.* D.Molin. *de Primogen. lib.*1.*cap.*5. *num.*1. *&* *seqq.* D. Castill. *lib.*2. *Controvers. cap.*22. *numer.*97. *& seqq. Et lib.*4. *cap.*47. *num.*1. *& seqq.* D.Valençuel. *tom.* 2. *consil.* 119. *num.*63. *& seqq.* Pegas *de Maioratib. tom.*1. *cap.*2. *numer.*6. *& seqq.* Vbi doctè, & latè. *Et cap.*4. *num.* 160. vers. *Nequè. Et num.*256. *Et cap.*6. *num.*662. Torre *de Maioratib.* 1.*part. capit.*9. *num.* 5. *&* 6.

247 Y aun todo esto es escusado, quando los mismos Fundadores lo dizen, ibi: *E por quanto NUESTRA ULTIMA, E DETERMINADA VOLUNTAD ES, QUE AORA, Y EN TODO TIEMPO PARA SIEMPRE JAMAS el dicho Alferazgo ande vnido, è incorporado con todos los demàs bienes aquì contenidos, y expressados; è que el, que fuere Señor de la Casa de Sena, sea Alferez mayor de la dicha Ciudad; porque con este presupuesto le compramos, &c.* Vide *suprà num.* 240.

248 Pero en nuestros proprios terminos con todas sus circunstancias, que, quando el, que agrega al Mayorazgo antiguo, dessea la vnion, è incorporacion de sus bienes al Mayorazgo antiguo; aunque en la agregacion ponga llamamientos contrarios, è incompatibles con los llamamientos del primitivo Mayorazgo, se ayan de desestimar, y reprobar los llamamientos contrarios puestos en la agregacion; y se aya de mantener la vnion, è incorporacion de los bienes agregados à el Mayorazgo antiguo; y vno, y otro se aya de governar en su succesion por solas las reglas del primitivo Mayorazgo; mayormente si se descubre la voluntad del agregante mas inclinada à la vnion, è incorporacion, que à los llamamientos. *Leg. Si miles* 3. *ff. de Testament. milit.* ibi: *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iuditia.* Mieres *de Maioratib.* 2.*part. quæst.*5. *num.*66. *& seqq.* Vbi doctissimè, *sed num.*70. Vbi cum Curcio, ibi: *Concludit, quod si prima*

in-

investitura vno modo cantet; & secunda reperiatur altera; vt puta, si prima investitura sit facta pro masculis, & fœminis; & posteà in alijs renovativis dicatur pro masculis tantum, non fit præiudicium fœminis. Blasius Flores de Mena in Addition. ad Gammam *decis.* 262. *in fin.* D. Castill. *lib.* 3. *Controvers. cap.* 10. *num.* 18. & *seqq. sed* 21. & 22. ibi: *Propter perplexitatem, & evidentem repugnantiam provenientem ex verbis ipsius testamenti, testator namquè voluit simul duo, quorum vnum cum altero evidentem contradictionem habebat; vt in casu præsenti, quo is, qui bona propria libera addidit, voluit illa simul cum bonis antiqui Maioratus ad successores pervenire, & simul contrarias, aut repugnantes conditiones apposuit; & nihilominus fundat Mandellus perplexitatem in casu illo non vitiare, SED DISSOLVENDAM ESSE SECVNDVM VERISIMILEM MENTEM TESTATORIS.* Maldonad. ad D. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 35. Aguila ad Roxas *de Incompatib.* 1. *part. cap.* 7. *num.* 112.

249 Son elegantissimas, y muy terminantes de esta misma conclusion las doctrinas propuestas *suprà num.* 180. & 181.

250 La segunda regla para escusar la perplexidad es, que entre dos condiciones contrarias, è incompatibles, si se reconoce, que vna de ellas se puso por el testador con ignorancia, error, ò equivocacion, esta se desestima totalmente, y se mantiene la otra. *Leg. Cùm falsa* 5. *Leg. Non idcirco* 9. *Cod. de iur. & fact. ignorant.* Roxas *de Incompatibilit. part.* 4. *cap.* 5. *numer.* 7. & *seqq.* Vbi Aguil. 1. *part. cap.* 10. *num.* 13.

251 Y segun de la misma agregacion resulta, no podèmos dudar, que los agregantes procedieron en los llamamientos con total ignorancia, y error de los llamamientos del primitivo Mayorazgo; pues de ellos no tuvieron noticia alguna, ni hizieron mencion alguna.

252 Pero en nuestros proprios terminos, que si el agregante dessea la vnion de sus bienes à el Mayorazgo antiguo, y pone contrarios llamamientos por error, ò ignorancia de los llamamientos del Mayorazgo primitivo; se ayan de desestimar los llamamientos contrarios puestos en la agregacion, y se aya de mantener la vnion, è incorporacion; y governarse vno, y otro Mayorazgo por las reglas del primitivo Mayorazgo. Mieres *de Maioratib.* 2. *part. quæst.* 5. *num.* 66. & *seqq.* Aguila ad Roxas *de Incompatibilit.* 1. *part. capit.* 7. *num.* 112.

253 La tercera regla para evitar la perplexidad es, que entre dos condiciones contrarias, è incompatibles aquella condicion, en que hallèmos algun absurdo, è inconveniente, se debe

de-

desestimar, y observar la otra. Roxas *de Incompatibilitat. part. 4. cap. 5. num. 14.*

254 Pero en nuestros proprios terminos de agregacion, y contrarios llamamientos, que se aya de observar la vnion, y desestimar los llamamientos contrarios, quando estos padecen algun absurdo, ò inconveniente. Blasius Flores de Mena in Addition. ad Gammam *decis. 262. in fin.* D. Castill. *lib. 3. Controvers. capit. 10. num. 18. & seqq.*

255 Y no resultando absurdo, ni inconvenite alguno en derecho de la conservacion de la vnion, resultan algunos de la manutencion de los llamamientos contrarios.

256 El vno, que aviendo desseado los Fundadores del agregado con tan enixa, como exuberante, y geminada voluntad la vnion de vnos, y otros bienes; estimariamos, que por el llamamiento posterior del hijo del Conde de Luna se desistian, y apartavan de dicha vnion; siendo asi, que es absurdo, è inconveniente en derecho estimar, que alguno *in continenti* se corrige. *Leg. Non ad ea* 89. *ff. de Condic. & demonstrat. Cap. Cum expediat* 29. *de Elect. in* 6. Mantic. *de Coniectur. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 13. numer. 3.* Barbos. *axiomat. 60. num. fin.* D. Larrea *tom. 2. decis. 60. numer. 6.* Vbi elegantissimè addit, quod *si in prima clausula rectè provisum, dummodo expresse de eius revocatione non constet, de secunda, quæ aliquo modo contrarietur, nihil curandum.* Roxas *de Incompatibil. 1. part. cap. 10. num. 34.*

257 El otro, que veniamos à estimar; que los agregantes eligian el medio mas expuesto à la nulidad de su acto; siendo asi, que siempre se presume, que el que haze vn acto, quiere hazer lo, que puede, en la mejor forma, que puede; pero no, que que quiere hazer lo, que no puede. *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iuditia. Leg. Si miles 3. ff. de Testam. milit.* D. Salgad. *2. part. Labyrinth. cap. 23. num. 5. & seqq.* Vbi plurimos affert.

258 Pues en quanto la vnion, è incorporacion del agregado à la Casa antigua de Sena, es manifiesta, y evidente la potestad de Lazaro de Quiñones, y Doña Luysa Flores; pero en quanto al llamamiento del hijo segundo del Conde de Luna, es notorio el defecto de su potestad. Vide *suprà num. 56. & seqq.*

259 La quarta regla para escusar la perplexidad es; que entre dos condiciones contrarias prevalece, y prepondera aquella, que es conforme à derecho, y se desestima la, que es contraria à derecho. Roxas *de Incompatibilitat. 4. part. cap. 5. numer. 15. & 16.*

Vbi,

Vbi, quod *facilius tollitur ius singulare, quam ius commune.*

260 Y conservada la vnion, è incorporacion del agregado à la Casa antigua de Sena, queda el agregado Mayorazgo regular, que es conforme à derecho; pero passando la succession al hijo segundo del Conde de Luna, queda el agregado Mayorazgo irregular; que es no conforme à derecho; siendo asi, que en qualquier perplexidad, ò duda el Mayorazgo se estima regular, pero no irregular; porque siempre prevalece, y prepondera la naturaleza del Mayorazgo regular, à la condicion del Mayorazgo irregular. D.Larrea *tom.2. decis.56. numer.8. & 9.* D.Vela *tom.2. dissertat.49. num.51.* Roxas *de Incompatibilit. 1.part. cap.6. num.341. Et 3.part. cap.4. num.13.* Pegas *de Maioratib. tom.2. cap.11. num.3.* Vide *suprà num.230.*

261 La quinta regla para escusar la perplexidad es, que entre dos condiciones contrarias se debe observar la mas favorable, y privilegiada en derecho. Roxas *de Incompatibilit. 4. part. capit. 5. numer. 17.*

262 Y nadie duda, ni puede dudar, que la agregacion es mas favorable, y privilegiada, que el llamamiento del hijo segundo del Conde de Luna.

263 Lo primero, porque, si conservamos la vnion, è incorporacion del agregado à la Casa antigua de Sena, mantenemos la succession del Mayorazgo agregado en los descendientes de los Fundadores del agregado; pero si passamos la succession al hijo segundo del Conde de Luna, passa el Mayorazgo à vn transversal, y extraño.

264 Y en qualquier caso, aun con la mas leve duda, siempre debemos deferir à favor de los ascendientes, y no de los transversales, y mucho menos de los extraños; pues los descendientes en competencia de los transversales, y extraños siempre son mas favorecidos, y privilegiados en derecho. Vide *suprà numer. 17. & seqq. 58. & seqq. 114. & seqq. 150. & seqq.*

265 Lo segundo, porque mantenida la vnion, è incorporacion, conservamos el mayor lustre de la familia de los Fundadores en sus descendientes; que es la causa final de sus agregaciones. Vide *suprà num.243. & 244.*

266 Lo tercero, porque la vnion, è incorporacion del agregado fue para todo tiempo, y para todo caso. *Memor. impress. numer. 5.* ibi: *E por quanto nuestra vltima, è determinada voluntad es, que AORA, Y EN TODO TIEMPO PARA SIEMPRE JAMAS*

MAS el dicho Alferazgo ande vnido, è incorporado con todos los demàs bienes aquì contenidos, y expressados. Vide *suprà numer.* 240.

267 Pero el llamamiento del hijo segundo del Conde de Luna fue para el caso, en que vnos, y otros bienes passassen vnidos, è incorporados; segun quieren, y disponen los Fundadores. *Memor. impress. num.*4. *& seqq. sed* 11.

268 Y aviendo faltado este caso, pues vnos, y otros bienes no pueden passar vnidos, è incorporados al hijo segundo del Conde de Luna; cessò su llamamiento concebido para este caso; pues no fue llamado para el caso de la division.

269 Lo quarto, porque la vnion, è incorporacion fue para siempre, y para todo tiempo. Vide *suprà num.*266.

270 Pero el llamamiento del hijo segundo del Conde de Luna fue solo para el caso, en que en los Condes de Luna, y sus descendientes, que como Quiñones entonces por varonìa eran agnados de Lazaro de Quiñones, se conservasse la agnacion. *Memor. impress. numer.*8. *& seqq. sed* 11. *ad med.* ibi: *Con las mismas condiciones, y gravamenes, y modos de succeder, y limpieza, con que lo han de heredar los descendientes varones de Don Diego de Quiñones nuestro hijo, y no hembras, ni descendientes varones de ellas; que à los tales los habemos por no llamados. El qual llamamiento hazemos, porque los Señores del Estado de Luna fueron los mismos, de donde Yo el dicho Lazaro de Quiñones desciendo de varon en varon.* Vbi prosequitur.

271 Y esta calidad totalmente ha faltado en el hijo segundo del Conde de Luna; quien por varonìa solo es Pimentèl; y consiguientemente la voluntad de los Fundadores concebida en el caso de dicha varonìa, y agnacion.

272 Por lo qual entre descendiente cognado, y transversal cognado debe sin controversia ser preferido el descendiente cognado.

273 Mayormente quando aunque en vno, y otro falta la calidad de agnado, à favor del descendiente sobre la prerogativa de descendiente se halla la conservacion de la voluntad de los Fundadores, para que vnos, y otros bienes anden siempre vnidos, è incorporados; y en el hijo segundo del Conde de Luna falta la calidad de agnado desseada por los Fundadores, y la voluntad de los Fundadores, de que vnos, y otros bienes anden vnidos, è incorporados.

274 Luego à favor de Don Gabriel de Saavedra tenèmos en el

el primer articulo el defecto de poteſtad; y ẽn el ſegundo la aſsiſtencia de voluntad.

OBIECTIONVM SATISFACTIO.

275 No obſtan las ſentencias de tenuta dadas en eſta cauſa, y preſentadas en los autos.

276 Porque depueſta la queſtion: *Vtrùm* la ſentencia dada entre vnos ſobre la ſuccesſion de Mayorazgos aun en el juyzio de la propriedad, haze coſa juzgada para con otros? D.Gregor. Lopez *in Leg.*20. *tit.*22. *partit.*3. *gloſſ.*4. D.Covarrub. *Practic. quæſt. cap.*13. *num.*6. Vbi Faria plurimos addit. D. Molin. *de Primogen. lib.*4. *cap.*8. *numer.*3. *& ſeqq.* Vbi Addent. D. Valençuel. *tom.* 1. *conſil.*60. *num.*26. *& ſeqq.* D.Paz *de Tenut. cap.*43. *num.* 1. *& ſeqq.* D.Caſtill. *lib.*5. *Controverſ. tom.*6. *cap.*157. *numer.* 1. *& ſeqq.* D. Larrea *tom.*1. *deciſ.*35. *num.*1. *& ſeqq.* D.Salçed. *in Theatr. honor. gloſſ.*19. *num.*14. *& ſeqq. ſed* 19. *& ſeqq.* Pegas *tom.*1. *Reſolut. forenſ. cap.*4. *num.*73. *& ſeqq.*

277 Es doctrina indubitada, que la ſentencia dada en juyzio poſſeſſorio no cauſa perjuyzio en el petitorio. *Leg. Et an eadem* 14. §. *Si quis fin. ff. de Except. rei iudic.* ibi: *Si quis interdicto egerit de poſſeſsione, poſtea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto poſſeſſoria poſſeſsio, in actione proprietas vertitur.* D.Molin. *de Primogen. lib.*3. *cap.*13. *num.*22. Vbi Addent. D. Paz *de Tenut. cap.*4. *num.*18. *& ſeqq.* D.Larrea *allegat.*6. *numer.*1. *& ſeqq.* Aguila ad Roxas *de Incompatib.* 5. *part. cap.* 5. *numer.* 26. Pegas *dict. cap.*4. *num.*75. verſ. *Sicuti fin.*

278 Pero lo mas ſingular de eſta cauſa es, que en otros juyzios de tenuta en algun modo ſe eſtima el derecho de la perſona, que en tenuta obtiene; porque en tenuta ſe diſputa ſobre el derecho prelativo de vno, y otro litigante.

279 Pero en los juyzios de tenuta de eſta cauſa, por ſu ſingularidad aun no ſe diſputa el derecho de las partes; porque, quando incide, como en eſta eſpecie la queſtion ſobre la poteſtad, y voluntad de los Fundadores en virtud de Facultad Real, no ſe admite eſta queſtion en tenuta; ſino que ſe reſerva para el juyzio de la propriedad. D.Salçed. *in Leg.*4. *cap.*24. *tit.*14. *lib.*3. *Recopil. num.*74. *& ſeqq.*

280 Por lo qual podemos dezir con Ulpiano *in Leg. Quod in diem* 7. §. *Si rationem* 1. *ff. de Compenſation. Iudex compenſationem*

non

non reprobavit; sed rationem compensationis non habuit; salva manet petitio; neque enim rei iudicatæ exceptio obijci potest.

Ex quibus espera Don Gabriel de Saavedra se ha de deferir à su pretension. S.I.O.D.V.D.C.

Doct. Miguel Antonio
Garcia de Jalon.
Cathedratico de Sexto.

·q 22 an· fœminata voluntas quoad
Itr 52 n· vnionẽ sed nõ quoad agnag.
ibet vba siquidẽ vocavit fœminas
r het ma cu[m] l[ine]a filio & possessorẽ domus
atiorẽ dij de Luna qui cognatus pot[es]t ee.
Veladiu sed nunquã dispensavit in unione & comodo ....
l Ballis
cb.

nõ debet minus dilectus magis dilecto preferri
Cast 5 contr 84 n 31.

Possessor maioratus e[st] persona legitima ad vindican-
da bona. l 1 & tot tit. ff de Publici. in rem act. l non
ideo minus ff de R. V. Molin lib 1 cp 12 n 4.
Quia possessor agit ex persona fundatoris l 22 ff de
his que vt ind. Paz de ten cp 65 an 13 Larrea dec 16
n 12 Salg. 1 p. Labyr. cp 12 an 53 & 2 p cp 22 n 36 & cp 1
an 20 & de Supplic. 1 p. cp 12 an 11. Valenz cons 156 an
Valex. tit 4 q 2 an 50. Aguila ad Rox. 8 p cp 4 n 22.